

(特集・社会変化と家庭における暴力)

論 説

児童虐待に対する刑事処罰とその限界(1)

——「不作為による幫助」の事案をめぐって——

保 条 成 宏

目 次

- 一 本稿の基本的視座
- 二 事案の概要と裁判所の判断
- 三 事案をめぐり理論上の争点と本稿において検討すべき問題
——共犯論と不作為犯論の交錯を視野に入れて
- 四 不作為による幫助の不真正不作為犯としての実体(以上本号)
- 五 不真正不作為犯における正犯と幫助の構造的対称性
- 六 作為の結果回避可能性
- 七 作為の容易性
- 八 結 語

一 本稿の基本的視座

いささか旧聞の感もあるが、札幌高等裁判所は、2000年3月16日の判決において、児童虐待に伴い傷害致死幫助罪の成否が問われた事件(以

下、「本件」という)について、事件当時3歳であった被害者の母親を有罪とした。本件においては、同棲していた男性が被害者への強度の暴行により傷害に及び同人を死に至らしめた際に、被告人である母親が当該暴行を阻止することなく放置しており、この行為について傷害致死に対する「不作為による幫助」の成否が争われた。原審の釧路地方裁判所がその成立を否定し被告人に無罪の判決を言い渡したのに対して、本判決は、これを破棄したうえで有罪とした。本稿は、児童虐待に対する刑事処罰の適正な範囲およびその限界について、本件での「不作為による幫助」の成否をめぐる問題に対し刑法理論上の視点から考察を加えることを通して——論題に関わる問題領域の広がりには比して多分に管見の嫌いがあることをおそれつつも——論ずるものである。論を進めていくにあたり、問題に対する本稿の基本的な視座を明らかにしておきたい。

1 児童虐待と刑事規制

(a) 刑事規制の積極化とその当否

近年、にわかに児童虐待の問題が社会的に顕在化している。警察が検挙した児童虐待事件の数も増加しており、その中には被害者が死亡した事案も少なからず含まれている⁽¹⁾。マスメディアにおいても、児童虐待に関する報道量が飛躍的に増大し、死亡事案などの深刻な事件が社会の耳目を広く集めており、児童虐待が急増し深刻化しているとの論調を多く目にする。こうした社会状況を目の当たりにして、刑事法研究者からも、「事前の福祉的介入の必要性が痛感される事案が多いものと思われるが、近年身勝手な親たちも増加しているとの懸念もあり、厳重な処罰による一般予防効果の達成も考慮されてよい」、「『法は家庭に入らず』の原則も手伝って、家庭内の日常的な暴力が野放しになっているという現状があるのである。(略)家庭内における暴力行為は、特に幼児には、死活問題となるため、厳重な刑事規制が要求される⁽²⁾」といった主張がなされている。また、立法論の観点から児童虐待の犯罪化を求めるものとして、

「保護すべき児童への身体的虐待や性的虐待は、独立した犯罪として構成要件を整備するべく、検討しなければならないものと考え。それは、新たな犯罪化を意味するが、それはまた、『児童は守られねばならない』という社会一般の規範意識を高めることに通じるものであろう。児童虐待の問題を社会の責任としてしっかり受けとめ、児童を社会が守るという姿勢を貫くためには、犯罪化を講じて規範意識を高めることに消極的であってはならない⁽³⁾」とする見解も示されている。

このように児童虐待に対する刑事規制を積極化すべきことを高調する見解に対しては、刑法の「最終手段 (ultima ratio)」としての性格に言及する以前に疑問が浮上してくる。というのも、上記のような児童虐待が急増し深刻化しているという状況認識に対して、社会福祉研究者からは疑義が差し挟まれているからである。それによれば、第二次世界大戦後の社会的荒廃のなかで子どもが「社会的児童虐待」ともいうべき状況下におかれていた時代と比較して、高度経済成長期を経て少子化社会を迎えた現代においては、家庭において子育てが手厚く丁寧になされるようになったのであり、児童虐待の発生件数は、近年漸増している可能性はあるものの、激増しているとはいえないとされる。そして、それでもなお児童虐待が社会問題化するのには、家庭において子どもを大切にはぐくむことが社会において一般化するとともに、それとは異なる方法の子育てが異常視されるようになり、これにより社会において児童虐待に関する「認知域値」が低下し、従来は暗数のなかに埋もれていた事案が認知されるようになってきたためであるとされる⁽⁴⁾。そのうえで、「個別事例的には、生命・人権上ゆゆしい問題に至ることも多く、一つひとつの事例に対するていねいな対応が必要であり、事例によっては行政的・法的権限の行使による迅速な対応も必要になる。ただし、問題全体（実態）を冷静な科学の目で解明することも適切な対応のためには欠かせないであろう⁽⁵⁾」との指摘がなされている。刑事法学も、社会科学の一分野であり、「冷静な科学の目」をもつべきである。そして、同じく子ども

に関わる問題として、近年において少年犯罪の「凶悪化」が必ずしも実態を踏まえていないかたちで喧伝され、それが社会からの「厳罰化」の要求に直結していった経験⁽⁶⁾を今後の教訓として生かすべきであろう。

「親による子どもへの虐待は、最大の権利侵害である⁽⁷⁾」。これは、紛れもない事実である。そして、日本の刑事法学において先駆的に児童虐待の問題を論じられた中谷瑾子教授は、「子どもの保護の視点からいえば、現代法の展開は、『子どもの人権無視から子ども（さらには胎児を含めて）の人権の保障・福祉の確保へ』と特色づけることができよう⁽⁸⁾」と述べておられる。しかし、このことは、上述の点からみても、直ちに児童虐待に対する積極的な刑事規制の展開に結びつくべきものではないようにおもわれる。むしろ、つとに民法研究者からは、「親に刑事罰を科することによって、家庭を崩壊させることはあっても親子関係を修復するということはまずありえない⁽⁹⁾」という指摘もなされている。児童虐待への対応においては、やはり家庭の再構築に向けた福祉的アプローチなどが優先されるべきではなかろうか。もし仮に不用意かつ過剰な刑事規制がなされれば、家庭の再構築に向けた実践が阻害され、かえって子どもの人権や福祉が損なわれることにもなりかねないようにおもわれる。

(b) 子どものための総合的な権利擁護システムの必要性

2000年に成立し施行された「児童虐待の防止等に関する法律」は、その14条2項において、「児童の親権を行う者は、児童虐待に係る暴行罪、傷害罪その他の犯罪について、当該児童の親権を行う者であることを理由として、その責を免れることはない」と規定している。これは、児童虐待に対する刑事規制について積極的な姿勢を打ち出したものであるが、積極的な刑事規制と家庭の再構築に向けた福祉的アプローチなどとをいかにして調和させるのか、そもそも調和すること自体がありえるのか、といった点については、同法は、黙して語らない⁽¹⁰⁾。この点に関連して、

社会福祉研究者からは、以下のような苦言が呈されている。「この『児童虐待防止法』を読んで、育児に自信と楽しみを回復する親がいるであろうか。残念ながら、子育てに不安と困難を持つ母親などを、暖かく理解し励まし援助する姿勢は『児童虐待防止法』からは読みとれない。虐待してしまいそうな親に寄り添い、苦しみを共感し、ていねいに援助する姿勢をもった子育て家庭支援・児童福祉ソーシャルワーク的取り組みを充実する姿勢が弱い。近い将来このような子育て家庭支援とソーシャルワークの視点を十分考慮した法整備が強く望まれる⁽¹¹⁾」。

こうした指摘をも踏まえると、もはやいうまでもないことではあるが、児童虐待に対して適切な対応策を講じていくためには、刑事法研究者を含めた法律研究者や社会福祉研究者などの様々な専門家による学際的な協働がなお一層望まれるところである⁽¹²⁾。そして、虐待ないしはその被害の拡大を予防するために必要な事前的な介入措置や、虐待の発生に対応する事後的な保護や権利回復の措置などに加え、子育てをしている親や家庭への支援をも視野に入れて、子どものための総合的な権利擁護システムを構築することが急務となっているというべきである⁽¹³⁾。このようなシステムを欠いた現状では、児童虐待への対処を日々迫られている第一線の専門職は、様々な困難に逢着することになる。こうした状況は、以下のような一文に端的に表現されている。「子ども虐待に対応するソーシャルワーカーは、子の権利と親の権利という両側の谷の間の細い尾根道を縦走する登山家にもたとえられる。親の権利を尊重し家庭に対する介入が手緩いと子どもの権利侵害・生命の危険を招き、反対に子の権利を尊重した家庭への過度の介入は親の権利の侵害をもたらす。その間を歩むソーシャルワーカーの苦労や葛藤、負担は計り知れない。それは、子どもの福祉に携わるソーシャルワーカーの宿命ともいえる⁽¹⁴⁾」。

この一文からも明らかなように、子どもの権利擁護のまへには、親の権利すなわち「親権」という壁が大きく立ちはだかる。明治民法に導入された「親権」の概念は、親が子どもに対して無制約の権利をもつとす

るローマ法の思想が当時のドイツ民法を経由して継受され、かつこれが旧来の日本の「家」制度と結合することにより形成されたものであり、親の子に対する強力な支配を正当化するものであった。⁽¹⁵⁾第二次世界大戦後の民法改正に際して、親権が「家のための親権」「親のための親権」から「子のための親権」へと発展したとの理論的な説明がなされたが、親権に関する具体的な規定内容にはほとんど変更が加えられなかった。こうした歴史的背景のもと、親権は、今日においても、社会的には親が子に対して優越的・支配的な地位にあることのシンボルとして誤って観念され、虐待家族に介入して子どもを保護することの阻害要因となっている。⁽¹⁶⁾

このようにみてくると、児童虐待の問題に対処していくにあたっては、「法は家庭に入らず」の原則それ自体をいわば無力化して刑事規制を積極的に展開するまえに、なすべきことがあるようにおもわれる。この原則が児童虐待への対処において桎梏となるのは、これが上記のような親権の観念と結合することにより「他人は、親が子に対してすることに口出しするべからず」といった内容へと転化してしまうためである。したがって、民法改正などを通して伝統的な親権の観念を払拭するとともに、⁽¹⁷⁾日本の法制度のなかに連綿と棲息し続けてきた旧来の子ども観を完全に放逐する必要があるだろう。伝統的な親権の観念のもとでは、子どもが親の「付属物」としてその支配の客体になるとする「私物的子ども観」がとられてきたといってよい。これに代わって求められるのは、子どもが社会全体の責務においてその成長を支えられるべきであるとする「社会的子ども観」である。そして、こうした子ども観を法制度に反映させるための糸口となるのが「国親」(parens patriae)の思想である。周知の通り、この思想は、保護を欠いた子どもに対して、国あるいは社会がその親に代わり保護を与えようとするものであり、日本の少年法は、現にこれを基礎理念として保護主義を展開している。⁽¹⁸⁾既にここでは、「社会的子ども観」のもと、「法は家庭に入らず」の原則が基本的には維持さ

れながらも部分的に修正され、法が子どもの保護のために家庭に介入しているといえるのである。そして、児童虐待を防止し子どもを保護するための総合的な権利擁護システムも、これらの点を手がかりとして構築される必要がある。⁽¹⁹⁾このようなかたちで総合的な権利擁護システムを構築することこそが最優先の課題であって、児童虐待に対する刑事規制は、あくまでもこのシステム的一端において補充的な手段として位置づけられるべきである。この点を措いて刑事規制をあえて積極的に唱えることには、やはり躊躇を覚えざるをえない。

2 児童虐待と不真正不作為犯

(a) 最近の裁判例の動向

本件においては、被告人につき傷害致死に対する「不作為による幫助」として不真正不作為犯の成立が肯定されている。本件と同様、児童虐待事案に関して不真正不作為犯の成立を肯定したごく最近の下級審裁判例として、網羅的ではなく知りえたかぎりではあるが、以下のものを挙げることができる。

まず、①当時1歳の長女に対し、夫と共謀して長期間にわたり十分な飲食物を与えず餓死させた母親につき、確定的殺意が認定され殺人罪の成立が肯定された事例がある。⁽²⁰⁾また、類似のものとして、②当時3歳の長男に対し長期間にわたり十分な飲食物を与えず、栄養失調による臓器不全で死亡させた両親につき、未必的殺意が認定され殺人罪が成立するとされた事例がある。⁽²¹⁾

注目に値するのは、本件と酷似した事例が存在することである。すなわち、③同棲中の男性が当時2歳の四男に日常的に暴行を加えた末、頭を殴打して死亡させた際、その暴行を阻止しなかった母親につき傷害致死幫助罪の成立が肯定された事例がある。⁽²²⁾また、やはり本件と類似するものとして、④①の被告人である母親が当時1歳の三女を確定的殺意をもってこたつの天板にたたきつけて死亡させた際に、その意図を知りな

がらこれを制止しなかった夫が有罪とされた事例がある。ただし、この事例では、母親との共謀が認定されたため、幫助ではなく共謀共同正犯が成立するとされた⁽²³⁾。

今後、本件や上記③のように児童虐待行為を阻止しないことにより「不作為による幫助」の罪責を問われる事案がさらに現れることも予想される。実際、アメリカでは、母親も夫からドメスティック・バイオレンスを受けている状況下で、夫による子への虐待行為を阻止できなかった母親が「保護の懈怠」(failing to protect)などにより刑事責任を問われる事案も少なからず発生している⁽²⁴⁾(ちなみに、本件も、被告人に対するドメスティック・バイオレンスと児童虐待とが複合した事案である)。このような児童虐待をめぐる状況を踏まえると、不作為犯論が「不作為による幫助」の事案にどのように対応していくかが重要な課題となってくるようにおもわれる。

(b) 児童虐待と不作為犯論

伝統的な学説は、不真正不作為犯における作為義務の発生根拠として、法令、契約、条理という形式的根拠を挙げてきた。このうち、法令については、親権者の子に対する監護義務を規定した民法820条を例示するのが常となっている⁽²⁵⁾。これによれば、不作為者である親権者と被害者である子のあいだの保護関係に着目することにより、親権者の子に対する保護義務としての作為義務が根拠づけられることになる。また、作為義務のより実質的な根拠づけを試みる学説のなかにも、社会生活上不作為者と被害者のあいだに依存関係が存することに作為義務の発生根拠を見出したうえで、依存関係の具体例として民法上の親権者と子の関係を挙げるものもある⁽²⁶⁾。さらに、特に本件に関しても、「児童虐待を刑法上の規定で対処しようとする場合には、加害者である親権者等が保護義務者であることから、不作為犯の形態をも視野に入れて検討する必要がある」としたうえで、「そもそも正犯の児童虐待行為を阻止すべき義務

は、児童との人的保護関係に端を発する」⁽²⁷⁾との見解が示されている。

しかし、このように作為義務を不作為者と被害者の人的・社会的関係から導くことは適当ではなく、「作為義務の実体を法益との関連において、すなわち、不作為者と結果との関係より解明するというアプローチ」⁽²⁸⁾をとるべきであろう。というのも、この点から離れて不作為者と被害者の人的・社会的関係に着目することは、社会が不作為者に対して被害者を保護せよとの道徳的・倫理的要求を呈示し、刑罰威嚇のもとにその充足を迫ることにもつながり、不真正不作為犯の処罰範囲が不当に拡大されかねないからである。⁽²⁹⁾とりわけ、児童虐待の問題が深刻視されている社会状況のなかにあっては、本件のような事案において不作為者である親権者と被害者である子の関係を強調することは、「親は自ら命がけで子どもを守るべし」といった道徳的強制が生じる危険⁽³⁰⁾にもつながり、妥当でないようにおもわれる。

そもそも、上述したところからすれば、児童虐待を防止し子どもを保護していくにあたっては、親権や親権者の存在を過大視することも妥当ではなく、むしろこれらを相対視したうえで、社会全体が親と連帯しつつ子どもを支えていくシステムを構築することが求められるのである。そして、本件のように親が児童虐待行為の防止を怠る事案が発生した場合、子どもを保護すべき社会の責務とは別個に親に対して不作為の刑事責任を問うのであれば、それに見合うだけの理論的な根拠が明確に示されなければならないであろう。こうした点を念頭に置きつつ、「不作為による幫助」の成立要件や、本件におけるその成否について考えていきたい。⁽³¹⁾

- (1) この点について、詳しくは、池田泰昭「児童虐待の現状と対策」現代刑事法18号(2000年)10頁以下、中原隆「警察の児童虐待に対する取組み——児童虐待防止法施行一年の取組」捜査研究605号(2002年)22頁以下、林弘正「児童虐待の現況と刑事法的介入」刑法雑誌42巻3号(2003年)133頁以下など参照。

- (2) 岩井宜子「児童虐待問題への刑事規制のあり方」ジュリスト1188号(2000年)22頁・24頁。
- (3) 阿部哲夫「児童虐待への刑事法的対応」萩原玉味＝岩井宜子『児童虐待とその対策——実態調査を踏まえて』(1998年)296頁。さらに、児童虐待を犯罪化するための立法提案として、林・前掲注(1)320頁以下、同『児童虐待——その現況と刑事法的介入』(2000年)151頁以下参照。
- (4) 竹中哲夫「子ども虐待は今」竹中哲夫ほか代表編集＝全国児童養護問題研究会編『子ども虐待と援助——児童福祉施設・児童相談所のとりくみ』(2002年)3頁以下・15頁以下。
- (5) 竹中・前掲注(4)6頁。
- (6) これについては、澤登俊雄『少年法——基本理念から改正問題まで』(2001年)14頁以下参照。
- (7) 高橋重宏編『子ども虐待——子どもへの最大の人権侵害』(2001年)42頁〔高橋執筆〕。
- (8) 中谷瑾子「児童虐待と刑事規制の限界」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第3巻』(1984年)211頁。
- (9) 石川稔「児童虐待——その法的対応」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系3——親子・親権・後見・扶養』(1979年)317頁。
- (10) 後藤弘子「児童虐待防止法の成立とその課題」現代刑事法18巻(2000年)52頁。
- (11) 竹中・前掲注(4)12頁。
- (12) 高橋編・前掲注(7)265頁以下〔庄司順一執筆〕。
- (13) この点の詳細に関しては、高橋編・前掲注(7)251頁以下〔影山秀人ほか執筆〕参照。
- (14) 柏女霊峰「子ども虐待対応の到達点と相談援助の課題」柏女霊峰＝才村純編『別冊発達26・子ども虐待へのとりくみ——子ども虐待対応資料付』(2001年)13頁。
- (15) 高橋編・前掲注(7)268頁以下〔高橋執筆〕。
- (16) 平湯真人「親権をめぐる課題」柏女＝才村編・前掲注(14)91頁以下。
- (17) 日本弁護士連合会子どもの権利委員会編『子どもの虐待防止・法的実務マニュアル〔改訂版〕』(2001年)220頁。
- (18) 澤登俊雄『少年法入門〔第2版〕』(2001年)35頁。
- (19) 高橋編・前掲注(7)274頁〔高橋執筆〕は、「伝統的な『私物的わが子観』から『社会的わが子観』へという子ども観を社会に定着させつつ、子どもの権利擁護サービスの構築を急がなければならない」としている。

- (20) 大阪高判平13・6・21判タ1085号292頁。
- (21) 山形地判平14・2・13(判例集未登載)。これについては、朝日新聞2002年2月13日付夕刊参照。
- (22) 神戸地尼崎支判平14・2・14(判例集未登載)。これについては、朝日新聞2002年2月14日付朝刊参照。
- (23) 大阪高判平13・9・21(判例集未登載)。これについては、判例タイムズ1085号293頁参照。
- (24) 青山彩子「米国におけるドメスティック・バイオレンスへの対応」警察政策研究3号(1999年)135頁。
- (25) 例えば、大塚仁『刑法概説総論〔第3版〕』(1997年)148頁以下参照。
- (26) 大谷實『新版刑法講義総論』(2001年)157頁以下。
- (27) 日高義博「児童虐待と不作為犯——札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として」警察学論集53巻12号(2000年)61頁・67頁。
- (28) 堀内捷三『不作為犯論——作為義務論の再構成』(1978年)250頁。
- (29) 堀内・前掲注(28)249頁以下、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編集代表『刑事法学の課題と展望——香川達夫博士古稀祝賀』(1996年)101頁。
- (30) 門田成人「不作為による幫助の成立要件」法学セミナー550号(2000年)113頁。
- (31) 本件を論考の対象として取り上げたのは、本件それ自体の社会的・学問的な重要性もさることながら、筆者独自の問題関心によるところも大きい。筆者は、以前、重度の障害をもつ新生児に対する生命維持治療をめぐる問題について論じたことがある。すなわち、近年における医療技術の長足の進歩により、重度の障害新生児に対して生命維持治療を実施することが可能となったが、生命維持治療により新生児を救命しえたとしても重度の障害が残らざるをえず、そのために新生児の両親が治療を拒否することがある(保条成宏「障害新生児の生命維持治療をめぐる刑法的問題(1)」法政論集(名古屋大学)140号(1992年)152頁以下参照)。こうしたケースは、以下の①②の点からみて、問題の構造として本件と共通するものがあるようにおもわれ、このことから本件に対して関心をもつに至った次第である。
 ①子どもに対する生命の危険が疾患によって生じたか、他者の虐待行為によって生じたかの違いはあるが、いずれにおいても、子どもの生命に対する危険の存在を前提として、親に対してこの危険を回避して子どもの生命を保護するための作為義務を課しうるか否かが問題となる。②いずれにおいても、子どもの生命に対する危険を回避するための作為義務を親に課し、それを刑罰威嚇のもとに履行させるだけでは、問題の本質的な解決にはな

らず、そのためにはむしろ子どもの福祉の観点からソーシャルワークなどの実践が重要性を帯びてくる。例えば、障害新生児の生命維持治療を実施するに際しては、親がその子の障害や治療を受け容れやすいように援助することが不可欠であるし（保条成宏「障害新生児の生命維持治療と法——新生児医療における権利擁護システムの構築に向けて」周産期医学29巻12号（1999年）1514頁以下）、児童虐待の問題では、虐待を未然に防止したり家庭の再構築をするための支援をすることが重要になってくるのである。

二 事案の概要と裁判所の判断

まず、本件に関して、事案の概要および裁判所の判断の内容を詳しくみていくことにしたい。

1 事案の概要

本件の被告人は、元夫Bとのあいだに長男Cおよび次男D（本件の被害者、本件発生当時3歳6か月）をもうけたが、1995年12月にBと協議離婚し、CおよびDの親権者となり、2人を引き取った。1996年3月に勤務先のスナックに客として来店したA（本件の正犯者）と親しくなり、CおよびDを連れてAと同棲し、同年7月に妊娠を機にAと婚姻し（婚姻に伴い、Aは、同年10月にCおよびDと養子縁組をした）、翌年1月には長女Eが生まれた。この間、被告人は、同棲開始後間もない頃よりAから度々暴行を受け、その都度Aの留守を見計らって実母方に逃げ、しばらくするとAから戻るように優しく言われ、子どもをかわいがり暴力を振るわないなどと約束されて、再びよりを戻すということを繰り返していたが、1997年3月にAと協議離婚するに至った（なお、Aは、同年6月にCおよびDと協議離縁した）。しかし、その数日後、Aから前同様に優しく言われてよりを戻すことになり、3人の子どもとともにAとの同棲生活を再開した。被告人は、なおもAから暴力を振るわれ、手足が腫れ上がって足腰の立たない状態に至り、今度こそAと別れようと

決心し、同年6月には引っ越しの準備をするが、引っ越しの当日にAからよりを戻すように優しく言われ、これを信じてやり直すことにした。同年7月頃、被告人は、Aとの第2子を懐妊したことに気づき、Aにもその旨伝えたが、その後もAによる暴行は続き、特に下記の甲野マンションへの転居後には、Aから頬と肩を平手と手拳で7、8回殴打されるなど2度にわたり強度の暴行を受け、いずれの際も何ら抵抗することなくAの暴行を受け入れていた。

Aは、1996年3月に被告人らとの同棲を開始して以来、CおよびDに対しても、食事の行儀が悪いときなどに2人の頬を平手で殴打するなどしていたが、1997年10月に自らの実家に身を寄せるようになってからは、2人を長時間正座させたり、起立させ平手や手拳で殴打するなどの折檻を加えるようになった。Aと被告人は、Aの両親から金銭的援助を受け、同月25日頃に甲野マンションの一室を借り3人の子どもとともに生活を始めたが、Aは、仕事に就く当てもなく、生活費にも事欠くようになったことなどから、不満やいらだちを募らせ、その鬱憤晴らしなどのため、ほとんど毎日のようにCやDを半袖シャツとパンツだけで過ごさせたり、長時間立たせたり、正座させたりするなどしたほか、平手や手拳で顔面や頭部を殴打するなどの激しい折檻を繰り返すようになった。他方、被告人も、以前Dが夜尿をしたときに1、2度頬や臀部を叩いたことがあったが、同マンションに入居して以降は、Aの折檻を1度も制止していないことに加え、11月13日頃には、CおよびDの顔面や頭部を殴打し、腰部等を足蹴にして、2人をその場に転倒させる折檻を加え、同月15日頃にも、Dに対し平手で顔面を殴打しその場に転倒させる折檻を加えた(なお、被告人がAと一緒に折檻を加えた事実はない)。

1997年11月20日午後2時頃、Aは、被告人とともにEを連れて外出し、その際、CとDに留守番をさせ、半袖シャツとパンツだけのDに壁に向かって立っているように命じ、CにDを見張っているように命じたが、同日午後7時頃帰宅してみると、子ども部屋のおもちゃが少し移動して

いたため、Cに誰が散らかしたのかと尋ねたところ、Cが「Dちゃん。」と答えたため、Dが言いつけを守らずおもちゃで遊んでいたと思い込んで立腹し、隣の寝室で立っていたDの方に向かった。被告人は、右のAとCのやりとりを聞き、AがDにいつものような折檻を加えると思ったが、これに対して何もせず、数メートル離れた台所の流し台で夕食用の米をとぎ始め、Aの行動に対しては無関心を装っていた。Aは、「おもちゃを散らかしたのはお前か。」などと強い口調で尋ねたものの、Dが何も答えず、Aを睨みつけるような目つきをしたため、腹立ちを募らせてDの頬を平手で1回殴打するなどしたが、Dが同様の態度をとったため、その顔面を間隔を置き2回にわたり平手で殴打した後、引き続き1発ずつ間隔を置いて頭部を手拳等で5回にわたり殴打した。すると、Dは、突然短い悲鳴を上げ、倒れて仰向けとなり、意識を失った。被告人は、Aが寝室でDを大きな声で問いつめるのを聞くとともに、頬を叩くようなぱしっという音を聞いて、やはりいつもの折檻が始まったと思ったものの、これに対して何もせず、依然として米をとぎ続け、Aの行動に無関心を装っていたが、これまでにないDの悲鳴を聞き、あわてて寝室に行ったところ、Dは、既に身動きしない状態になっていた。Aと被告人は、Aの運転する車にDを乗せて同日午後8時10分頃に市内の総合病院に到着し、Dは、直ちに開頭手術を受けたものの、翌21日午前1時55分頃、Aの暴行による硬膜下出血、くも膜下出血等の傷害に伴う脳機能障害により死亡した。なお、被告人一家は、前記の通り生活費にも事欠き、食事も満足にできない状態であったため、Dは、死亡当時、体重が11.7キログラムしかなく、同年齢の児童の平均体重より3.2グラムも劣り、極度の羸瘦状態にあった。

被告人は、同病院で担当医師からDの命が助からない旨の説明を受け、これを聞いてAの身代わり犯人となることを決意し、医師の通報により同病院に臨場した警察官に対し、自分の犯行である旨虚偽の申告をし、傷害致死罪により緊急逮捕された。被告人は、12月11日に傷害致死罪に

より起訴されたが、同月24日に至り初めて同房者にAの犯行である旨を告白し、これを契機として検察官による再捜査が行われ、傷害致死から傷害致死幫助への訴因変更がなされた。なお、Aについては、懲役6年の有罪判決が確定している。

2 裁判所の判断

(a) 第一審判決

第一審の釧路地方裁判所は、以下のように判示して傷害致死幫助罪の成立を否定し、被告人を無罪とした。⁽³²⁾

第一審は、まず、不作為による幫助の成立要件に関する法解釈として、「不作為による幫助犯が成立するためには、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務を有する者が、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置しており、要求される作為義務の程度および要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幫助と同視し得ることが必要と解すべきである」との一般論を示した。

この一般論を踏まえて、第一審は、まず、被告人の作為義務の有無について検討を加え、「被告人は、わずか3歳6か月のDの唯一の親権者であったこと、Dは栄養状態が悪く、極度のるい瘦状態にあったこと、Aが、甲野マンションに入居して以降、CやDに対して毎日のように激しいせっかみを繰り返していたこと、被告人は、本件せっかみの直前、Aが、Cにおもちゃを散らかしたのは誰かと尋ね、Cが、Dが散らかした旨答えたのを聞き、Dに暴行を加えるかもしれないことを認識していたこと、Aが本件せっかみに及ぼうとした際、室内には、AとDのほかには、4歳8か月のC、生後10か月のE及び被告人しかおらず、DがAから暴行を受けることを阻止しうる者は被告人以外存在しなかったことにかんがみると、Dの生命の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、Dの生命の安全が害される危険な状況を

認識していたというべきであるから、被告人には、AがDに対して暴行に及ぶことを阻止すべき作為義務があったと認められる」と判示し、作為義務の存在を肯定した。そのうえで、上記の一般論に沿って被告人につき「要求される作為義務の程度」を検討し、「Dの年齢や身体状態、AがDらに激しいせっかんを繰り返していたことからすると、被告人に認められる作為義務の程度は、一定程度強度なものであったというべきである。しかし、被告人は、甲野マンションで、Aから強度の暴行を受けるようになって以降、子供達を連れてAの下から逃げ出したいと考えていたものの、逃げ出そうとしてAに見付かり、酷い暴行を受けることを恐れ、逃げ出せずにいたことを併せ考えると、その作為義務の程度は極めて強度とまではいえない」との判断を示した。

つぎに、第一審は、上記の一般論にいう「要求される行為を行うことの容易性」を被告人に関し検討するための前提として、同人に具体的に要求される作為の内容を以下のように論定している。すなわち、まず、如上の一般論を敷衍して、「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であることにかんがみると、Aの暴行を阻止すべき作為義務を有する被告人に具体的に要求される作為の内容としては、Aの暴行をほぼ確実に阻止し得た行為、すなわち結果阻止との因果性の認められる行為を想定するのが相当である。前記(略)で、不作為による幫助犯が成立するための第一の要件として、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務の存在を、第二の要件として、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たことをそれぞれ挙げているのは、このような観点に基づくものである」との法解釈を展開した。この法解釈にもとづいて、①AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為、②Aの暴行を言葉で制止する行為、③Aの暴行を実力をもって阻止する行為について検討を加え、本件折檻の状況や、Aが以前より被告人やCおよびDに対して激しい暴力や折檻を加えてきた経緯などに

徴し、Aは、自己に反抗する者に対して容赦のない態度をとりがちな人物と認められることなどから、①および②の行為については、「Aの暴行をほぼ確実に阻止し得たとはいえないものであり、結果阻止との因果性の認められないものである」と判断した。そして、③の行為についてのみ、「被告人が身を挺して制止すれば、Aの暴行をほぼ確実に阻止し得たはずであるから、被告人が実力をもって阻止することは、不可能ではなかった」と論じ、被告人に具体的に要求される作為の内容として想定できると判示した。

以上の点を踏まえて、第一審は、最後にこの③について、当該作為に出ることの容易性を具体的に検討し、「被告人は、(略)Aに強度のものも含めて幾度も暴行を加えられており、甲野マンションに入居する以前から、既にAの暴力に恐怖心を抱き、Aの暴力に全く抵抗できない状態になっていた上、さらに、甲野マンションでAから2回強度の暴行を受けた後は、Aの暴力に怯え、Aの機嫌を損ねることができない状態になっていたことからすると、被告人としては、本件せっかん当時、Aの暴行を実力により阻止することが極めて困難な心理状態にあったというべきである。(改行)そうすると、被告人がAの暴行を実力により阻止することは、不可能ではなかったものの、被告人がAから激しい暴行を受けて負傷していた相当の可能性のあったことを否定し難く、場合によっては胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあった上、被告人としては、Aの暴行を実力により阻止することが極めて困難な心理状態にあったのであるから、被告人がAの暴行を実力により阻止することは著しく困難な状況にあったというべきである」と説示した。そして、「被告人に要求される作為義務の程度が一定程度強度のものであることを考慮しても、なお、被告人の不作为を、作為による傷害致死幫助罪と同視することはできないというべきである」と判示した。

(b) 控訴審判決

第一審判決に対する検察官の控訴を受けて、控訴審の札幌高等裁判所は、以下の理由にもとづいて事実誤認および法令適用の誤りの申立を容れ、原判決を破棄のうえ自判し、被告人を傷害致死幫助罪により有罪とした（懲役2年6月，執行猶予4年⁽³³⁾）。なお，本判決は，確定している。

控訴審は，まず，原判決における事実認定のうち，被告人の内心の意思や動機等に関する部分について，以下の点において事実誤認があるとした。原判決は，(1)被告人は，甲野マンションでAから強度の暴行を受けるようになって以降，Aに愛情は抱いておらず，子どもを連れてAのもとから逃げ出したいと考えていたが，逃げ出そうとしてAに見付かり酷い暴行を受けることをおそれ，逃げ出せずにいた，(2)被告人は，Aから激しい暴行を受けたときの恐怖心や，AがCやDに暴力を振っているのを側で見ていて，Aから「何見てんのよ。」などと怒鳴られたことがあったことなどから，Aに逆らえば，酷い暴行を受けるのではないかと恐ろしかったうえ，Aが逆上してCやDに更に酷いせっかんを加えるのではないかと思い，CやDを助けることができなかった，(3)被告人がAの身代わり犯人になったのは，Dを見殺しにしてしまったという自責の念から自分自身が罰を受けたかったためであった，などの事実を認定した。これに対して，控訴審は，原判決における上記の(1)(2)(3)の認定事実に各々対峙させながら，(i)被告人は，Aに対して愛情を抱き続け，むしろ自ら望んでAとの内縁ないし婚姻関係を維持していた，(ii)被告人は，AがDらに激しい折檻をしているのをみても，これを制止せず，「あんたたちが悪いんだから怒られて当たり前だ。」などと言ひ放ち，かえってAの折檻に加担するような態度をとっていたうえ，本件直前頃には自らもCやDに相当強度の折檻を加えていることに照らすと，被告人がDらを助けなかった理由は，上記(2)のように説明できるものではない，(iii)被告人が身代わり犯人になったのは，むしろAをかばおうとする意思があったからである，などの事実を認定し

た。そのうえで、「被告人が本件せっかんの際、Aの暴行を制止しなかったのは、当時なおAに愛情を抱いており、Aへの肉体的執着もあり、かつ、Aとの間の第2子を懐妊していることもあって、Dらの母親であるという立場よりもAとの内縁関係を優先させ、AのDに対する暴行に目をつぶっていたものと認めるのが相当である」と判断し、原判決には判決に影響を及ぼす事実誤認があるとした。

そのうえで、控訴審は、原判決の法令適用の誤りに論及し、まず、不作為による幫助の成立要件に関して、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される」との法解釈を示した。そのうえで、「原判決が掲げる『犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した』という要件は、不作為による幫助犯の成立には不必要というべきであるから、実質的に作為義務がある者の不作為のうちでも結果阻止との因果性の認められるもののみを幫助行為に限定した上、被告人に具体的に要求される作為の内容としてAの暴行を実力をもって阻止する行為のみを想定し、AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為、あるいは、Aの暴行を言葉で制止する行為を想定することは相当でないとした原判決には、罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要があり、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であることを考慮に入れても、なお法令の通用に誤りがあるといわざるを得ない」と判示した。

以上の点を踏まえて、控訴審は、まず、被告人の作為義務の有無について、被告人がわずか3歳6か月のDの唯一の親権者であったことなど、原判決が作為義務の存在根拠として言及したものとほぼ同内容の事実に加え、被告人が「約1年8か月にわたり、Aとの内縁ないし婚姻関係を

縦続し、Aの短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、Aとの同棲期間中常にDらを連れ、Aの下に置いていた」という事実を指摘し、作為義務を肯定した。当該作為義務の程度については、それが「極めて強度とまではいえない」旨の原判決の判示は、上記の事実誤認によりその前提を欠いており、その程度は極めて強度であったというべきであるとした。

さらに、控訴審は、「被告人に具体的に要求される作為の内容とこれによるAの犯罪の防止可能性を、その容易性を含めて検討する」として、原判決が列挙した上記①②③の行為に検討を加えた。その結果、例えば、①については、「数メートル離れた台所の流し台からAとDのいる寝室に移動するだけでなし得る最も容易な行為であるところ、(略)被告人がAの側に寄って監視するだけでも、Dへの暴行に対する心理的抑制となったものと考えられる」と判断し、②についても、「被告人がAに対し、『やめて。』などといって制止し、あるいはDのために弁解したり、あるいはDに代わって謝罪したりするなどの言葉による制止行為をすれば、Aにとっては、右暴行をやめる契機になったと考えられる」と指摘するなど、①②③のいずれに関しても、上記のような原判決の事実誤認および法令適用の誤りの指摘を前提として、Aの暴行を阻止することは可能であったとし、かつその容易性を肯定した。このうち、①②については、「被告人の右不作為の結果、被告人の制止ないし監視行為があった場合に比べて、AのDに対する暴行が容易になったことは疑いがないところ、被告人は、そのことを認識しつつ、当時なおAに愛情を抱いており、(略)Aとの内縁関係を優先させ、AのDに対する暴行に目をつぶり、あえてそのことを認容していたものと認められるから、被告人は、右不作為によってAの暴行を容易にしたものというべきである」と指摘した。また、③については、暴行阻止の容易性を否定した原判断を覆すにあたり、「右作為に出た場合には、Aの反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの、Aが、被告人が妊娠中の

ときは、胎児への影響を慮って、腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性は低く、(略)被告人がAの暴行を実力により阻止することが著しく困難を状況にあったとはいえないことを併せ考えると、右作為は、Aの犯罪を防止するための最後の手段として、なお被告人に具体的に要求される作為に含まれるとみて差し支えない」と判示した。以上を踏まえて、控訴審は、「被告人の行為は、不作為による幫助犯の成立要件に該当し、(略)比較的容易なものを含む前記一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止することが可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できるものというべきである」とし、原判決には判決に影響を及ぼす法令適用の誤りがあると結論づけた。

(32) 釧路地判平11・2・12判時1675号148頁。

(33) 札幌高判平12・3・16判タ1044号263頁。

三 事案をめぐる理論上の争点と本稿において検討すべき問題 ——共犯論と不作為犯論の交錯を視野に入れて

1 序 説

以上のように、本件事案の処理をめぐっては、第一審判決と控訴審判決のあいだで不作為による幫助の成否に関し結論が分かれており、前者がその成立を否定するのに対して、後者は、それを肯定している。

判例は、大審院以来、事案の内容に応じて不作為による幫助の成立を肯定している⁽³⁴⁾。また、通説も、判例を支持し、正犯者の犯罪を防止すべき作為義務のある者が当該義務に違反して故意に犯罪の防止を怠ることにより不作為による幫助が成立するとしている⁽³⁵⁾。こうした判例・通説を前提として問題となってくるのは、不作為による幫助の成立要件を具体的にいかなるものとして論定すべきかであり、本件訴訟の過程では、こ

の問題をめぐって争点が形成されている。すなわち、第一審判決は、不作為による幫助が成立するためには、不作為者が「(仮に作為に出ていれば正犯者による) 犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」ことが必要であると判示したのに対して、控訴審判決は、不作為者が「(その不作為により) 正犯者の犯罪の実行を容易にした」ことで足りるとの法解釈を示したのである。

不作為による幫助の成立要件を論ずる際には、共犯論と不作為犯論とが交錯してこざるをえず、このことが一見すると問題を錯雑としたもの⁽³⁶⁾にしている。そこで、以下においては、上記のように本件事案の処理をめぐり訴訟過程で浮き彫りとなった刑法理論上の争点について、共犯論および不作為論に対する双眼的な視点から関連する判例・学説の状況をとらえつつ、その理論的な背景や構造を分析してみたい。そして、このことを通じて、本稿が検討すべき問題の所在を明晰化することとしたい。

2 共犯論に関する争点

不作為による幫助の成立要件をめぐる争点に関して、まず共犯論に着眼してみると、刑法62条1項の「幫助」の意義が問題となる。これについて、判例は、正犯の実行を容易にすることで足り、その実行に必要不可欠であることを要しないとしている⁽³⁷⁾。こうした判例に呼応して、学説においても、幫助行為にはその手段・方法・態様において多様なものを含むと解されるのが一般である⁽³⁸⁾。そして、このような幫助の包括的な概念を前提として、判例・通説は、不作為による幫助を肯定し、その成立要件としては正犯の実行を容易にすることで必要かつ十分であると解している。例えば、大審院は、選挙長たる被告人が投票干渉行為を目撃しながら制止しなかった事案につき、「不作為ニ因ル幫助犯ハ犯人ノ犯罪行為ヲ認識シナカラ法律上ノ義務ニ違背シ自己ノ不作為ニ因リテ其实行ヲ容易ナラシムルニヨリ成立〔スル〕」と判示して不作為による幫助の成立を肯定し⁽³⁹⁾、通説もこれを支持する⁽⁴⁰⁾。以上のような判例・学説状況を

前提として、本件についても、第一審判決を批判し、ないしは控訴審判決を支持する立場から、不作為による幫助が成立するためには「正犯者の犯罪の実行を容易にした」ことで足りるとし、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」ことを要求するのは厳格に過ぎるとする見解が少なからず示されている。⁽⁴¹⁾

ところで、控訴審判決は、被告人が「正犯者の犯罪の実行を容易にした」ことにもとづいて不作為による幫助の成立を肯定する前提として、同人の側にはAに対する「犯罪の防止可能性」ないし「暴行の阻止可能性」が存在することを認定しているが、第一審判決との関係において形成されている争点の内容をより明確化するには、それらの可能性の概念について明らかにしておく必要がある。控訴審判決は、第一審判決が「Aの暴行を阻止すべき作為義務を有する被告人に具体的に要求される作為の内容としては、Aの暴行をほぼ確実に阻止し得た行為、すなわち結果阻止との因果性の認められる行為を想定するのが相当である」と判示した点に批判を加え、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立」するとしている。この点から、控訴審判決が作為義務の対象として想定している「犯罪の防止可能性」ないし「暴行の阻止可能性」を具備した行為は、判例・通説が前提とする上記の幫助概念と符合した内容になるといえる。すなわち、その行為は、正犯者による犯罪の実行の「障害」⁽⁴²⁾となる可能性を具有した行為であり、その裏面において当該行為の不作為により「正犯の実行を容易にする」といえるだけの内容を有するものなのである。よって、控訴審判決のいう「犯罪の防止可能性」ないし「暴行の阻止可能性」は、正犯の実行にとって障害となりこれを困難化する可能性を意味しているといえることができる。これに対して、第一審判決は、これら「犯罪の防止可能性」などを「結果阻止との因果

性」と不可分なものとして、つまりは「結果回避可能性」として理解していると考えられる。

このような第一審判決と控訴審判決における法解釈の乖離は、作為義務の内容としていかなる作為を被告人に具体的に要求するかの判断において相違をもたらす。前者は、当該作為が具備すべき要件として「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」こと、すなわち「確実」な「結果回避可能性」を挙げ、被告人に対しては前記③の実力をもって正犯者Aの暴行を阻止する行為のみを要求する。これに対して、後者は、想定された作為が正犯の実行を困難化する可能性を有していれば足りるとの見地から、③のみならず、前記①の暴行を加えないようにAを監視する行為や、②の言葉でAの暴行を制止する行為を被告人に要求している。

こうした控訴審判決に対しては、想定された作為が正犯の実行に対し最低限いかなる程度の困難化の可能性を有するべきかが不明確であるといわなければならない。また、この点と関連して、作為義務の内容についても、③のように有形的な行為のみならず、①②のように無形的な行為が包含されているのであり、後者については、必ずしもその不作為により「正犯者の犯罪の実行を容易にした」との効果が発現するとはいいがたいようにおもわれる。⁽⁴³⁾とりわけ、本件事案では、Aが以前から被告人本人および被害者Dに対して強度の暴行を反復し、いわばドメスティック・バイオレンスと児童虐待とが複合的に発生しているのであり、こうした事実⁽⁴⁴⁾に照らすと、①②の行為については、Aの暴行を困難化する行為としてもいかにも無為であるとの感を免れないようにおもわれる。これらの点にかんがみると、控訴審判決に対しては、不作為による幫助の処罰範囲が不当に拡大してしまうことへの危惧を払拭しきれないようにおもわれる。

これに対して、第一審判決からは、不作為による幫助の処罰範囲を限局化しようとの意図が看取される。しかし、他方において、なぜ「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」ことがその成立要件に加えられるべき

かについては、「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要である」との抽象的な一般論が展開されるにとどまり、当該要件の必要性やその理論的な根拠が明示されていない。⁽⁴⁵⁾

のみならず、第一審判決は、いわゆる幫助の因果性の問題をめぐる判例・学説状況とのあいだに撞着を引き起こす。すなわち、上記のように判例・通説が幫助行為を「正犯の実行を容易にする」ものとして理解することとの関連において、幫助の因果性の内容について、判例は、幫助行為が正犯行為を容易ならしめる関係にあれば足りるとするものと解され、⁽⁴⁶⁾学説においても同様の理解が通説的となっているといつてよかろう。⁽⁴⁷⁾こうした判例や通説的見解との関係において、第一審判決が不作為による幫助の因果性について正犯結果の回避可能性を要求していることに対しては、この要求は、作為による幫助の因果性の内容とのあいだに明白な齟齬を来たし、かつその内容を超えた過大なものである、といった趣旨の異議が投げかけられている。⁽⁴⁸⁾しかし、第一審判決の側にはそのような異議に応答しうるだけの理論的な装備が欠けている。

3 不作為犯論に関する争点

(a) 同価値性に関する争点

つぎに、不作為犯論に視座を移してみると、第一審判決および控訴審判決のいずれも、不作為による幫助の成立要件として、作為による幫助との同価値性に論及している。第一審判決は、「不作為による幫助犯が成立するためには、(略)要求される作為義務の程度および要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幫助と同視し得ることが必要と解すべきである」とし、控訴審判決も、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が(略)一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の

実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される」と判示している。しかしながら、以下にみるように、両判決それぞれにおける同価値性判断の位置づけや比重には、かなりの懸隔が見出される。

まず、第一審判決は、「不作为による幫助犯が成立するための第一の要件として、他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務の存在を、第二の要件として、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たことをそれぞれ挙げ」たうえで、第一要件である作為義務に関する存否判断とは別個に、第二要件と関連づけて同価値性判断をしている。すなわち、本判決は、被告人につき作為義務の存在を肯定しながらも、「要求される行為を行うことの容易性」すなわち作為の容易性に関する具体的な検討を経由して、「被告人がAの暴行を実力により阻止することは著しく困難な状況にあった」との判断にもとづいて作為による幫助との同価値性を否定し、不作为による幫助の不成立という結論に到達している。従来、作為義務の不存在を根拠として不作为による幫助を不成立とした判例は存在するが、⁽⁴⁹⁾ 本判決のように作為義務の存否判断と不作为による幫助の成否判断のあいだに同価値性判断を独立したかたちで介在させ、作為義務を肯定したうえで同価値性の否定により不作为による幫助を不成立としたものは、⁽⁵⁰⁾ 例がないようにおもわれる。

これに対して、控訴審判決は、「一定の作為によってAのDに対する暴行を阻止することが可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できる」と結論づけている。ここでは、「暴行の阻止可能性」の存在が直截的に同価値性の肯定判断へと帰着しているが、当該可能性は、作為に向けた規範的要求の事実的基礎とされるのであるから、同価値性要件は、実質的には作為義務論のなかに解消されているものと目されよう。さらに、この「暴行の阻止可能性」は、既述したように「正犯の実行を容易にする」という幫助概念に対応して正犯の実行を困難化する可能性を意味しており、当該可能性の存在

が同価値性の肯定に直結している点にかんがみると、控訴審判決においては、不作為犯論に根ざした同価値性要件の存在意義そのものが大幅に稀釈されているといえよう。というのも、同価値性判断という形式のもとに、実質的にはむしろ共犯論の視点が優位に立つことにより、不作為による幫助の成立が肯定される前提としては、正犯の実行を困難化する可能性を帯びた行為の不作為が「正犯の実行を容易にする」という作為による幫助と概念的・形式的に類比可能であり、構成要件的にみて前者が後者とのあいだに対称性を有するとの判断が重視されているものとみることができるからである。

両判決において不作為による幫助の成立要件とされている同価値性は、学説においては一般に「構成要件的同(等)価値性」というかたちで正犯たる不真正不作為犯(以下、「不作為正犯」という)の成立要件として位置づけられている⁽⁵¹⁾。この「構成要件的同価値性」の意味内容については、必ずしも論者の理解は一樣ではないが、一例を挙げると、不作為が「作為と同視できる程度の法益侵害の類型的危険性を有する」⁽⁵²⁾ことであるといった説明がなされている。このように不真正不作為犯の一般的成立要件すなわち不作為正犯の成立要件として位置づけられている同価値性について、第一審判決は、これを不作為による幫助の成立要件としても重視している。このことの基底には、不作為による幫助の不真正不作為犯としての属性に焦点を当て、これに作為による幫助とは区別されるべき独自性を賦与することを通じて、作為犯とは異なる不作為犯としての固有の成立要件を定立し、もってその処罰範囲を限定しようとする思考構造が見て取れるようにおもわれる。その一方において、控訴審判決では、むしろ共犯論の視点が前面に押し出されることにより、不作為犯論に立脚した同価値性判断が形骸化・空疎化し、作為による幫助の構成要件からの形式的な類推に依拠して不作為による幫助のそれを導出することに帰しているものと見受けられる。これに対しては、共犯論との関連で既に指摘した点とも相俟って、やはり不作為による幫助の処罰に

対する有効な制約原理が用意されているのかという疑問を禁じえない。

もっとも、第一審判決の展開する同価値性論も、論難に遭う余地を残している。まず、構成要件的同価値性の観点からは、「要求される作為義務の程度および要求される行為を行うことの容易性等」の非類型的要素に関する実質的判断は、そもそも構成要件段階では不可能ではないのか、むしろ控訴審判決のように作為による幫助と不作為による幫助との形式的・類型的な対称性を論ずるのが至当ではないのか、といった論駁⁽⁵³⁾がありうる。また、不作為による幫助の成立要件として作為義務とは別異に同価値性が独立した地位を付与されることに対しては、かえってそのことにより同価値性の内容が空疎なものになりやすいうえ、同価値性の判断基準も、不明なままとなっている⁽⁵⁴⁾、ゆえに同価値性要件それ自体が作為義務のなかに解消されるべきではないか⁽⁵⁵⁾、といった批判が現に存在する。

(b) 不作為の因果性に関する争点

以上のようにみてくると、第一審判決が不作為による幫助に不真正不作為犯としての独自性を認め、不作為犯として固有の成立要件を定立することに力点を置くのに対して、控訴審判決は、不作為による幫助があくまでも幫助の一形態であることに重点を置き、その成立要件を作為による幫助のそれから推論するものということができる。こうした本件事案をめぐる争点は、以下にみるように、さらに不作為の因果性をめぐってより先鋭化してくる。

この不作為の因果性に関して、最高裁判所は、被告人自らが覚せい剤を注射して錯乱状態に陥らせた少女をホテル客室に放置し死亡させた不作為正犯の事案につき、「原判決の認定によれば、被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った(略)時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く(当時13年)、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことから、十中八九

同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを越える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と(略)同女が同室で覚せい剤による急性心不全のために死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である」と判断した。⁽⁵⁶⁾本決定は、仮に作為(救急医療の要請)があれば結果の回避(被害者の救命)が可能であると一定の確実性をもって判断しうることを前提として、不作為正犯における因果関係、さらにいえば条件関係を肯定している。

本件第一審判決は、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」ことを不作為による幫助の成立要件とし、かつ先述のようにここでの「犯罪の防止可能性」を「結果阻止との因果性」と不可分なものとして、つまりは「結果回避可能性」として理解する。これは、不作為正犯に関する上記最高裁決定にみられるような理論構成を不作為による幫助に推及することにより、正犯結果を回避可能とすることが「ほぼ確実」な行為の不作為のみを幫助として処罰対象とするものではあるまいか。

確かに、不作為による幫助の処罰が不作為正犯のそれに比して広汎にわたり過重となるのは、妥当ではない。したがって、上のように第一審判決が不作為による幫助の成立要件を不作為正犯のそれと等置して解釈することも、強ち根拠のないものともいえなくなってくるようにもおもわれる。⁽⁵⁷⁾これに対して、控訴審判決は、「正犯者の犯罪の実行を容易にした」という不作為による幫助の成立要件が作為による幫助のそれとのあいだで対称性を有することに主として意を払い、その処罰が不作為正犯との対比において幫助としての権衡性ないし比例性を担保されたものであるかについては、関心を寄せていないように見える。

しかしながら、第一審判決の法解釈に対しては、上述のように幫助の因果性と平仄が合わないという異論が出てくる。わけでも、不作為による幫助の因果性を不作為正犯のそれと同視することに対しては、「もと

もと『幫助の因果性』をめぐっては、かねて種々の見解がみられた。しかし、『因果的共犯論』を当然の前提とする以上、『結果を容易にした』という関係が要請されるのは、当然である。『不作為の幫助犯』も、この要請に応える必要がある。しかし、『ほぼ確実に結果を阻止しえたであろう』というのは、やはり「正犯の因果性」の要件であり、幫助犯の場合は、当該『不作為』によって正犯の犯行が『容易になった』という認定で足りると考えるのが筋道であるといわざるをえない⁽⁵⁸⁾との異論が出されている。さらに、構成要件的同価値性が作為の原因力を前提とする作為犯とこれを欠く不真正不作為犯との存在構造上のギャップを埋める機能を有するとみる立場⁽⁵⁹⁾からも、構成要件的同価値性は、その根拠が不作為者による原因設定に求められるから、作為による正犯と不作為正犯とのあいだでのみ要求され、(原因設定を伴わない)幫助に関しては問題となりえず、ゆえに幫助の因果性としては正犯の実行を容易にすれば足りる旨の指摘⁽⁶⁰⁾がなされ、不作為による幫助の因果性要件を不作為正犯のそれと等置することに対し否定的な見解が示されている。

4 本稿において検討すべき問題

以上のようにみてくると、不作為による幫助の成立要件をいかに論定するかをめぐって共犯論と不作為犯論とが交錯している状況のなかで、第一審判決は、これを不作為正犯の成立要件すなわち不真正不作為犯の一般的成立要件から推論し、両者を等置しているのに対して、控訴審判決は、幫助の一般的成立要件からそれを推論するものということができる。

控訴審判決は、判例・通説の前提とする包括的な幫助概念のなかに不作為形態による正犯への関与行為を比較的広く包摂し、「正犯者の犯罪の実行を容易にした」ことで不作為による幫助が成立するとの理論構成をとる。これに対しては、幫助の処罰範囲の不明確化ないし不当な拡大への懸念⁽⁶¹⁾も生じてくる。こうした懸念は、不作為による幫助において不

真正不作為犯の「開かれた構成要件」⁽⁶²⁾と包括的な幫助概念とが重疊することを考えれば、決して杞憂に終わることはないようにおもわれる。そのような懸念をいかなる理論的な手だてによって解消していけばよいのだろうか。

控訴審判決は、共犯論の視点から不作為による幫助があくまで幫助の一形態であることを強調し、その成立要件が作為による幫助のそれと形式的に類比可能であって対称性を有するべきことを重視するものといえる。しかし、作為による幫助の成立要件との類比から「正犯者の犯罪の実行を容易にした」ことを不作為による幫助の成立要件に位置づけるにしても、その処罰の適正性を担保するには、いかなる根拠と範囲において不作為により正犯の実行を容易化することが作為によるその容易化と同程度の処罰価値を帯びるのかについて、不作為犯論の見地から同価値性要件などを介してより実質的なかたちで論ずることが必要になってくるのではあるまいか。この点において、共犯論に重点を置く控訴審判決は、いかなる行為の不作為が作為による幫助と実質的に比肩しうる程度に「正犯者の犯罪の実行を容易にした」といえるかについて、必ずしも明確な判断基準を示していないようにおもわれるのである。

そこで注目したいのが、第一審判決のとり犯罪論的構成である。これまでみてきたところを踏まえると、第一審判決は、不作為による幫助の不真正不作為犯としての独自性に着眼し、その成立要件を不作為正犯のそれと等置して厳格に解しているのであり、これにより、不作為による幫助の処罰が不作為正犯のそれに比して広汎かつ過重にわたることが回避され、処罰の適正性が確保されることへの期待も生じうるのではないかと考えられる。無論、本判決に対しては、前記の通り、共犯論と不作為犯論の両面から種々の異論が投じられていることも確かであるし、なぜ作為の容易性の問題が同価値性要件と結びつくのかが明らかにされていないなど、判旨自体にも理論的な不十分さや不明確さが見受けられること⁽⁶³⁾とも否めない。しかし、本判決に向けられた異論自体、その内容について

ては検討の余地があろうし、控訴審判決の理論構成をめぐって処罰範囲が不当に拡張することへの懸念が拭いきれないことをも視野に入れると、第一審判決の犯罪論的構成を一顧だに値しないものと断ずることは、いささか早計ではないかともおもわれるのである。

従来、不作為による幫助の成立要件をいかなる具体的な内容をもって構成すべきかについては、日本の学説において必ずしも十分な検討がなされてきたとはいいがたい。そのことの理論的な背景にも、やはり共犯論と不作犯論との交差がみられるようにおもわれる。すなわち、控訴審判決が共犯論の見地から不作為による幫助の成立要件を作為による幫助のそれとの形式的な類比により導出したこと⁽⁶⁴⁾に対して、大半において好意をもった受け止め方がなされていることにも反映されているように、不作為犯論の観点からその成立要件をより実質化する方向で論じようとする思潮がこれまで比較的弱かった。そして、こうした傾向は、不作為犯論において不真正不作為犯の成立要件があくまでも不作為正犯を主軸として論じられ、不作為による幫助に関しては等閑視されてきた嫌いがあることと結びついていると考えられる。そこで、本稿においては、不作為による幫助が不真正不作為犯であることに由来する独自性・固有性に立脚した犯罪論的構成として、第一審判決のようにその成立要件を不作為正犯の成立要件に等置することが可能であるか否か、可能であるとすればその理論的な根拠とは何かといった問題について、不作為犯論の視点に根ざしつつ検討を加えていくことにしたい。

(34) 大判昭3・3・9刑集7巻172頁，大判昭13・4・7刑集17巻244頁，最判昭29・3・2集刑93号59頁，大阪高判昭62・10・2判タ675号246頁など。

(35) 大塚・前掲注(25)305頁，大谷・前掲注(26)469頁，阿部純二「不作為による従犯(上)」刑法雑誌17巻3=4号(1970年)2頁注(3)，大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第5巻』(1999年)125頁以下〔安廣文夫＝堀内信明執筆〕，神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』424頁以下，川端博『刑法総論講義』(1995年)227頁，木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論〔増補版〕』(1978年)422頁，団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』

- (1990年) 413頁, 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年) 396頁, 福田平『全訂刑法総論〔第3版増補〕』(2001年) 280頁以下, 前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』(1998年) 452頁。
- (36) 日高・前掲注(27) 66頁, 高橋則夫「不作為による幫助犯の正否」現代刑事法(2000年) 14号102頁, 橋本正博「不作為による幫助——作為義務を肯定した事例」『平成12年度重要判例解説』(2001年) 149頁, 松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌36巻1号(1996年) 142頁。
- (37) 大判大2・7・9刑録19輯771頁, 最判昭24・10・1刑集3巻10号1627頁。
- (38) 大塚・前掲注(25) 304頁, 大谷・前掲注(26) 469頁, 川端・前掲注(35) 563頁以下, 木村・前掲注(35) 422頁以下, 団藤・前掲注(35) 412頁以下, 福田・前掲注(35) 280頁, 前田・前掲注(35) 434頁など参照。
- (39) 大判昭3・3・9(前掲注(34))。
- (40) 判例を支持し通説に立つ見解として, 大塚・前掲注(25) 305頁, 大谷・前掲注(26) 469頁, 川端・前掲注(35) 227頁, 福田・前掲注(35) 281頁, 莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』(1996年) 480頁, 団藤重光編『注釈刑法2のⅡ・総論(3)』804頁以下〔福田平執筆〕など参照。なお, これに対して, 阿部・前掲注(35) 6頁は, 「作為の従犯が結果に対して原因力をもつことを要すると解されるように, 不作為の従犯が成立するのは, 作為に出ることによって正犯の行為が確実に阻止せられたであろう場合にかぎるべきであろう」として異論を示していたが, 同「不作為による従犯に関する最近の判例について」研修639号(2001年) 13頁においては, 通説を支持するかたちで改説がなされている。この点については, 後出注(48)をも参照。
- (41) 日高・前掲注(27) 72頁, 高橋・前掲注(36) 102頁, 橋本・前掲注(36) 149頁, 内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学34巻3号(2001年) 45頁以下・87頁注(1), 内海朋子「不作為の幫助をめぐる問題について」法学政治学論究(慶応義塾大学大学院) 56号(2003年) 15頁・18頁, 神山敏雄「不作為による幫助——作為義務を否定した事例」『平成11年度重要判例解説』(2000年) 154頁, 同「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法53巻(2003年) 49頁以下, 木村匡良「同棲中の男性が被告人の三歳の子供をせっかん死させた事案において, 被告人には暴行を制止して子供を保護する措置を採るべき義務があるのに, その措置を採ることなくことさら放置したとする傷害致死幫助罪の公訴事実について, 被告人には不作為による傷害致死幫助罪は成立しないとして無罪を言い渡した事例」警察公論54巻10号(1999年) 92頁以下, 林弘正「児童虐待と不作

- 為犯論」現代刑事法41号(2002年)34頁,松生光正「不作為による幫助——作為と同視し得ないとされた事例」『判例セレクト'86〜'00』(2002年)521頁,村越一浩「同棲中の元夫の幼児虐待を制止しなかった被告人の行為が,傷害致死罪の不作為による幫助に該当するとして,これを否定して無罪とした原判決が破棄され,有罪が言い渡された事例」研修624号(2000年)19頁以下参照。
- (42) 木村・前掲注(41)94頁(後出注(53)の引用箇所参照),村越・前掲注(41)20頁,中森喜彦「傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例」現代刑事法(2001年)29巻97頁。
- (43) 松生光正「不作為による幫助の成立を認めた事例」『判例セレクト』(前掲注(41))32頁。
- (44) 中森・前掲注(42)頁97頁。
- (45) 中森・前掲注(42)頁97頁。
- (46) 大判大2・7・9(前掲注(37)),大判大11・10・6刑集1巻530頁,東京高判平2・2・21判タ733号232頁。
- (47) 大塚・前掲注(25)307頁,大谷・前掲注(26)471頁以下,川端・前掲注(35)565頁,木村・前掲注(35)421頁,団藤・前掲注(35)377頁,平野・前掲注(35)396頁,福田・前掲注(35)282頁,西田典之「幫助の因果関係」『平成2年度判例解説』(1991年)153頁,日高義博「幫助の因果関係」植松正ほか『現代刑法論争I〔第2版〕』(1997年)341頁など参照。
- (48) 高橋・前掲注(36)102頁,木村・前掲注(41)92頁以下。阿部・前掲注(40)13頁も,「通説・判例は幫助の因果関係として条件関係は必要でなく,ただ正犯結果を促進し,又は容易にただけで足る,とする(略)。これを推及すれば,不作為による従犯については,作為に出ることによって正犯行為が困難ならしめられたであろう場合で足ると解すべきであろう」としている。
- (49) 比較的最近の下級審判例として,大阪高判平2・1・23高刑集43巻1号1頁,東京高判平11・1・29判時1683号153頁は,判例に則して不作為による幫助の一般的な成立可能性を前提としつつ,当該事案においては作為義務が存しないとしてその成立を否定している。
- (50) 齊藤彰子「不作為による幫助」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選I・総論〔第5版〕』(2003年)13頁。
- (51) 「構成要件的同価値性」をめぐる日本の学説状況については,岩間康夫「わが国における構成要件的同価値性論——不真正不作為犯の補足的成立要件に関する一考察」愛媛法学会雑誌(1991年)18巻3号77頁以下参照。
- (52) 大谷・前掲注(26)153頁。

- (53) 例えば、木村・前掲注(41) 93頁以下は、第一審判決を批判する立場から、「不真正不作為犯の処罰根拠は、作為義務を有する者の不作為が作為による犯行と同価値性を有すると認められることに求められ、(略) 作為による幫助犯については、その行為が正犯の実行行為を容易ならしめたことは必要であるが、正犯の実行に必要不可欠であることは必要としないとされていることを考えあわせると、不作為による幫助犯においても、当該不作為(幫助行為)によって正犯の実行行為を容易ならしめたことは必要であるが、それが正犯の実行に必要不可欠であることまでは要しないと考えるべきであろう。すなわち、不作為による幫助犯は、正犯の実行をほぼ確実に阻止し得た行為をしなかったという不作為のみが問題とされるのではなく、社会通念上、通常正犯の実行行為の障害となるものと認められる行為をしなかったという不作為についても、その不作為が作為による幫助犯と同価値性を有するか否かの観点から検討する必要がある」と述べており、これは、本文において想定した第一審判決の同価値性論に対する批判と同旨であるといえよう。
- (54) 松生・前掲注(41) 31頁、大山弘「不作為による幫助犯の成否」法学セミナー539号(1999年) 109頁。
- (55) 高橋・前掲注(36) 102頁。
- (56) 最決平元・12・15刑集43巻13号879頁。
- (57) 中森・前掲注(42) 97頁。
- (58) 内田・前掲注(41) 46頁以下。
- (59) 日高義博『不真正不作為犯の理論〔第2版〕』(1983年) 154頁。
- (60) 日高・前掲注(27) 72頁。
- (61) 門田・前掲注(30) 113頁。
- (62) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(1972年) 150頁。
- (63) 内海・前掲注(41) 15頁。
- (64) 前出注(41) の諸文献参照。
- (65) 栗本茂樹「不作為と幫助」法研会論集(愛知学院大学大学院) 17巻1=2号(2002年) 75頁、松尾誠紀「『不作為による共犯の限定化』について」北大法学論集 53巻6号(2003年) 1777頁。

四 不作為による幫助の不真正不作為犯としての実体

以下においては、不作為による幫助に関して、作為による幫助とは異

なる不作為犯としての独自性に着目し、不作為正犯と等置されたかたちで固有の成立要件を定立することについて、その可否を検討していく。そのためには、まず、不作為による幫助が不真正不作為犯としていかなる実体ないし構造を呈するのか、不作為正犯とのあいだに何らかの通有性をもちうるのか、といった点について解明を試みる必要がある。この点に関連して、ドイツにおいては、不真正不作為犯における正犯と幫助(共犯)とを区別する基準とは何か、そもそも両者を区別することが可能な⁽⁶⁶⁾のか、といった問題をめぐり比較的盛んに論議がなされている。その内容は、不作為による幫助の不真正不作為犯としての本質に関わるものとして検討に値するといえるものであり、そこから論考の端緒を得ることとしたい。

1 不作為正犯とのあいだで成立要件を等置することの実体

本稿は、不作為による幫助の成立要件を不作為正犯のそれと等置することの理論的な可能性を模索していくわけであるが、こうした作業の起点として、「等置する」ことの実体を確認しておかなければならない。そこで、まず、他者による犯罪を阻止しないことが不真正不作為犯として正犯と幫助のいずれを構成するかをめぐって提起された学説のうち、アルミン・カウフマンやハンス・ヴェルツェルらのいわゆる「単一的正犯(Einheitstäter)説」⁽⁶⁷⁾に検討を加えることを通して、その実体を明らかにしたい。

(a) 単一的正犯説の展開

カウフマンは、その目的的行為論にもとづいて、不真正不作為犯における正犯と幫助の区別を否定し、結果回避義務を生じさせる保証人的地位に立ちながら他者による犯罪(作為犯)の遂行を傍観しつつ阻止しない者の不作為については正犯が単一的に成立し、幫助が成立することはないと主張する。⁽⁶⁸⁾その理論的な前提として、カウフマンは、まず、作為

犯と不真正不作為犯に関して各別に構成要件を定立する。すなわち、作為犯に関しては、その処罰のために法律上書かれている「作為構成要件」(Begehungstatbestand)が存在し、これが結果惹起の禁止と一体化した「禁止構成要件」(Verbotstatbestand)であるとする一方、不真正不作為犯については、結果回避の命令と結合した別個の構成要件、すなわち「命令構成要件」(Gebotstatbestand)が成立していると論ずる。そのうえで、この命令構成要件の内容についてさらに踏み込んで論究し、結果惹起禁止の対象となる行為者の範囲が無限定である一方で、結果回避命令は、結果の不発生に関して保証人的地位にある不作為者のみを対象とする限定的な「保証人的命令」(Garantengebot)であるから、これに対応する構成要件は、保証人的地位を特別の書かれざるメルクマールとする「保証人的命令構成要件」(Garantengebotstatbestand)にほかならないとしている。⁽⁶⁹⁾

以上の構成要件理論を踏まえつつ、カウフマンは、不作為には存在論⁽⁷⁰⁾的に行為性が欠如しその因果性も否定されるとする目的的行為論の立場から、人間の不作為には原因力がなく(nicht kausal)、不作為によって作為犯に対し促進原因を設定することもできないと論じ、幫助が専ら作為犯の形態をとり、作為犯の禁止構成要件にのみ該当するものと解している。そして、いわゆる「不作為による幫助」なるものは、作為犯の禁止構成要件のみを基礎とするものである幫助とはなりえず、あくまでも不真正不作為犯としてこれに固有の書かれざる保障人的命令構成要件にもとづいて正犯になると解されるべきであって、さもなければ保証人的地位にない者の不作為も含めてあらゆる法益侵害の回避が「不作為による幫助」⁽⁷¹⁾とされてしまう、と述べている。こうした見解によれば、保証人的地位にある者が法益に対する故意にもとづく違法な侵害を回避しないという不作為と、同人が自然力から生じる結果や過失による法益侵害を回避しないという不作為のあいだには、その不法・責任に照らして差異を見出しえず、いずれの場合にも不作為正犯が成立するとされる。

そして、こうした点は、結果犯においては著明であり、例えば、炎上した家屋を鎮火させるべき保証人的地位にある者の不作為は、火災の原因が落雷であろうと人為的なものでであろうと、その不法内容に変わりがないと論じられている⁽⁷²⁾。この最後の点について、ヴェルツェルも支持を表明している⁽⁷³⁾。

(b) 単一的正犯説の検討

カウフマンの見解は、不真正不作為犯に統一的正犯概念を適用し、作為犯とは異なる正犯原理の排他的支配のもとに共犯原理の適用を排除している。この見解は、他者の犯罪を阻止しないという不作為が不真正不作為犯である点において作為による幫助とは異なる独自性・固有性を有することを強調し、その犯罪としての成立要件を不作為正犯それ自体の成立要件として定立するものである。これは、本稿が不作為による幫助についてその不真正不作為犯としての独自性に着目した犯罪論的構成を模索していることと若干通底するところがなくもない。しかし、カウフマンの所説は、以下にみるように看過しえない問題性を帯有しており、受容しうるものではない。

まず、カウフマンが不作為の因果性を否定している点については、ここでは措くことにするが、なぜ、他者の犯罪を阻止しない不作為が幫助たりえないとされ、それと同時に当該不作為が半ば唐突に正犯へといわば「昇格」するのか、理解に苦しむところである。その不作為を正犯として理論構成することは、幫助としての刑の必要的減輕を否定することになるなど、明らかに処罰を拡張することにつながり⁽⁷⁴⁾、問題である。

さらに、カウフマンの見解にはより本質的で重大な問題が存在する。そもそも、不真正不作為犯は、作為犯と同価値であることを根拠として作為犯の処罰規定の適用を受けることになるのであるから、それに作為犯とは異なる正犯概念が導入されることになると、作為犯との類比にもとづいて同価値性を論ずるための基礎が失われることになる⁽⁷⁵⁾。例えば、

カウフマンの所論によれば、第三者が毒薬を殺人の用に供するためにその保管庫から持ち出した際、毒薬の管理責任者が事情を知りつつその行為を黙認した場合には、正犯として擬律されるであろう。しかし、これは、管理責任者自らが毒薬を保管庫から取り出して第三者に手交した場合には幫助にとどまることとの対比において、そしてつまりは作為と不作為の同価値性の点からみて、著しく処罰の均衡を欠き、かつ処罰として過重である。同様に、仮に本件のように被告人がAのDに対する暴行を傍観して阻止しないことにより正犯が成立するとして、他方において、例えばDがAにより暴行を受けている部屋から逃れようとし、被告人がこれを阻止するために——Aとの共謀を経ずして——部屋の扉を外から押さえていたような場合には、幫助が成立するに過ぎないのであり、これでは明らかに均衡を欠くといわなければならない。

なお、カウフマンの単一的正犯説に対する修正的見解として、クラウス・ロクシンらにより「原則正犯 (grundsätzlich Täterschaft) 説」⁽⁷⁶⁾が提唱されている。これは、自手犯、義務犯 (身分犯)、目的犯などにおいて不作為者にそれらの特別の正犯要件が欠如している場合に、処罰の間隙を填補するために例外的に幫助の成立を肯定するものである。しかし、このようなかたちで単一的正犯説を修正して幫助の成立を例外的に認めることは、あまりに便宜的であるといえよう。加えて、原則的正犯説に対しては、上述したような単一的正犯説に対する批判をそのまま振り向けることができよう。^{(77) (78)}

(c) 「等置する」ことの実体

かようにみてくると、他者による犯罪に対する不阻止としての不作為による幫助について、不真正不作為犯としての独自性を見出し、こうした見地からその成立要件を不作為正犯の成立要件に等置して構成することは、カウフマンのように犯罪不阻止を不作為正犯そのものとして論ずることとは明確に区別されなければならない。したがって、ここでの

「等置」は、あくまでも犯罪不阻止について幫助性を肯認しつつ、この幫助性のなかに不真正不作為犯としての何らかの独自性・固有性を探求することを通してその理論的な可能性が探求されるべきものである。⁽⁷⁹⁾

2 不真正不作為犯の「幫助的性格」

犯罪不阻止が幫助性を帯びることを前提としてもなお、不作為正犯と不作為による幫助とのあいだで成立要件を等置することが可能であるとすれば、後者の不真正不作為犯としての固有性がいかなるものとして把握される必要があるのだろうか。この点について、犯罪不阻止には原則的に幫助が成立すると解する「原則幫助 (grundsätzlich Beihilfe) 説」⁽⁸⁰⁾を手がかりにしつつ明らかにしていきたい。

(a) 原則幫助説の展開

原則幫助説の先駆的存在であるヴィルヘルム・ガルラスは、「故意作為犯において行為支配 (Tatherrschaft) を行使する行為者と比較すると、この者による結果惹起を阻止しない保証人はすべて、原則として単なる幫助者の地位にとどまるに過ぎない」(傍点部分は原文ではイタリック体。以下同様)と論じている。そして、カウフマンらの単一的正犯説が「保護されるべき法益が自然の暴威と犯罪による侵害のいずれの犠牲となっても、保証人が阻止行為をしなかったことの評価に相違はない」として不作為正犯の成立を肯定していることに触れ、「故意により行動する第三者が積極的に侵害行為をなせば、保証人が作為に出ないことの意味が変化を被る、という点を看過している」と批判している。⁽⁸¹⁾これに続けて、ガルラスは、「積極的に行動する者は、その作為により事実の経過を支配しており、その限りにおいて、作為に出ないままの保証人に対しては、可罰的結果に向かう直接的な『経路』(Zugang)を『変更する』(verstellen)ことになる。すなわち、保証人が介入行為をしないことは、こうした結果の発生にとっては、ただ単に行為者を阻止しない

ことにより行為の具体化を『消極的に促進すること』(negative Förderung)としての意味を帯びるものでしかありえない」とし、当該「保証人」が幫助の役割を担うに過ぎないと論じている。⁽⁸²⁾そのうえで、この「保証人」が例外的に正犯たりうる場合に関して、以下のように説示する。「彼が(故意の作為者による——筆者注)行為支配の行使にはもはや直面してはならず、その行使によってもたらされた作用がなお修正可能である事態に遭遇した場合(例えば、殺人の企てにより重傷を負った被害者に偶然出くわした場合)には、彼が結果を回避しうるにもかかわらず不作為にとどまったのであれば、私見によれば、彼は、行為者である。このことは、彼に委ねられた法益に切迫している危険が第三者の犯罪行為ではなく事故の類に起因する場合と全く同様である。というのも、いずれにせよその時点では彼の介入行為が喫緊であって、被害者の今後の命運に対する責任が彼の掌中に握られているからである」⁽⁸³⁾。

フリードリヒ・クリスティアン・シュレーダーも、カウフマンらの単一的正犯説に対して、「自然力によって生じた結果と人間の所業との根本的な相違を見過ごしているか、あるいは少なくとも人間の行為からその社会的な意味連関を削ぎ落としている」として異議を唱える。そして、ガルラスの見解を支持し、「私見によれば、私が私の子どもがどのように雌の狼により殺されるかを傍観していたか否かということと、あるいはそれともどのように私の妻により殺されるかを傍観していたか否かということのあいだでは、根本的な評価の違いが存在する。第一の事例においては、私のみが責任を負うべき者であり、ある意味で唯一『人間を代表する者』(Vertreter der Menschheit)なのである。一方、第二の事例においては、私の責任が他の人間の責任と競合しており、問題として存在するのは、誰がその責任を『引き受ける』かである」と述べている。⁽⁸⁴⁾

こうしたドイツでのガルラスやシュレーダーによる原則幫助説をうけて、日本において、内田文昭教授は、「基本的にはこの考え方に賛成し

うると考えている。特に、自然・動物による法益危殆化と人間の作為による法益侵害との刑法的意味の相違をあきらかにしようとした点は、アルミン・カウフマン＝ヴェルツェルやロクシンの見解とは違って、きわめて正当であるというべきであろう⁽⁸⁵⁾」として同説を支持される。そして、ガルラスらの所論を踏まえて以下のように論じておられる。「不真正不作為犯は、保障人のみがこれを実現しうるといっても、当の保障人の『不作為』は、法益侵害に関しては、決して主導的なものではない。当該法益を危険に曝した自然・動物・第三者が、むしろ主導的な『力』をもつものである。たとえば、幼児が溺れるのは、海・河・池などがあるからであって、決して母親が居合わせたからではないのである。救助に出ない母親は、幼児の生命を侵害するのではないし、侵害に加功するものでもないといわなければならない。まさに、『自然』が正犯的な存在であって、母親は、『救助しない』だけの幫助犯〔的〕存在であるというべきである。(改行)しかし、法は、母親を『保障人』とすることにより、殺人行為者と『同格』に置こうとしたし、多くの人にはこれに賛成した。法益滅失の『責任』を負うべき人間は、他に人がいない状況では、この母親以外に存在しないからである。ガルラスの言葉を借りれば、幼児の『命運』は彼女の掌中に握られたのであり、F・クリスチャン・シュレーダーの言葉を借りれば彼女が自然に対抗する唯一の『人間的代表』なのである。(略)このような理解の下では、すでに第三者の『作為』による法益侵害が開始されていた場合などでは、保障人の『不作為』による加功は正犯性を基礎づけないのが普通であるといわなければならない。ここでは、『主たる責任』は誰が負うべきかが問題となり、法が、『作為』に出た行為者にこれを求めるのは、至極自然の事理に属することになるのである。けだし、『作為』は、『不作為』を凌駕する『力』を有するからである⁽⁸⁶⁾」(〔 〕内は、筆者が補足した)。

(b) 原則幫助説の検討

1 既にみたように、単一的正犯説ないし原則正犯説のもとでは、犯罪不阻止が正犯として過重に処罰されるのであり、原則幫助説は、これに対するアンチテーゼとしては至当なものといえる。おもうに、刑法が前提とする人間は、その自由と責任において行動するのであって、他者がその行動に介入して自由を制約することは、原則的には許容されず、一定の正当化事由などが存する場合にのみ例外的に是認されるものである⁽⁸⁷⁾。したがって、犯罪不阻止においても、刑法上の禁止規範は、本来的にその犯罪に出た行為者本人に向けられるのであって、この者には正犯としての第一次的な責任が帰される。これに対して、その禁止規範が当該犯罪の実行に対して不介入の態度をとった不作為者を名宛人としうるにしても、その責任は、あくまで実行者本人の自由と責任の背後にあって補充的・第二次的なものに過ぎず、原則として幫助としての罪責しかもたらないというべきである⁽⁸⁸⁾。この点は、上記のようにシュレーダーが「誰がその（第一次的な）責任を『引き受ける』か」を問題にし、また、内田教授が「『主たる責任』は誰が負うべきかが問題となり、法が、『作為』に出た行為者にこれを求めるのは、至極自然の事理に属することになる」とされることと契合してくる。

しかし、原則幫助説に対しては、保証人的地位に加えて結果回避義務および結果回避可能性が存すれば不作為の正犯性が肯定されるにもかかわらず、そこに作為犯の存在が付加されるとその正犯性が幫助性へと変質するのは不可解である、との批判が原則正犯説に立つロクシンから出されている⁽⁸⁹⁾。これを踏まえつつ顧みると、原則幫助説は、単一的正犯説および原則正犯説へのアンチテーゼとして犯罪不阻止を幫助の範疇に包摂してその正犯性を排除すべきことを提唱する反面、そうした不作為がいかなる根拠と範囲において幫助としての処罰価値を帯びるかに関しては、論を尽くしているとはいいがたい。すなわち、作為犯とそれを阻止しない不作為との競合において、ガルラスは、「故意作為犯において行

為支配を行使する行為者と比較する」ことにもとづいて、また、内田教授は、「『作為』は、『不作为』を凌駕する『力』を有する」という点をとらえて、当該不作为に幫助性を付与している。ここでは、不作为が作為による正犯に劣後した処罰価値しか有しないという消極的な理由にもとづいて幫助としての処罰価値が肯定されているに過ぎず、不作为としての固有の処罰根拠が探求されているとはいいがたい。先のロクシンの批判も、この点を衝いたと目しうる限りにおいては、至当なものであるといえよう。そうすると、原則幫助説が犯罪不阻止を幫助の範疇に包摂することは、その処罰根拠を不明確にしたまま正犯に代わるより穏当で至便な処罰の「受け皿」を創出し、安易な処罰のためのいわば「免罪符」へと墮することにもなりかねないようにおもわれる。

2 こうしてみると、原則幫助説は、不作为による幫助が不真正不作为犯としていかなる根拠のもとに処罰価値を有するかについて十分な論究を欠いており、この点において脆弱性を帯びている。しかしながら、以下にみるように、視角を変えると、同説は、不作为による幫助が不真正不作为犯として有する固有性に着目していると理解しうるものである。そして、こうした点は、本稿にとっては、不真正不作为犯の固有性の観点から不作为正犯と不作为による幫助のあいだで成立要件を等置することをめぐって、その理論的可能性を探求する作業の機縁となりうると考えられる。

上記のように、内田教授によれば、不真正不作为犯においては、法益を危険に曝した自然力や第三者が「正犯的存在」として主導的な「力」をもつものに対して、保証人的地位にある者は、「幫助犯的存在」に過ぎないとされる。つまり、不真正不作为犯は、正犯と幫助のいずれの形態をとっても、いわば「幫助的性格」という通有性を有することになる。この点に関して、内田教授は、「そもそも、不作为の『存在論的特徴』は、『幫助』的特性をもつものなのである。例えば、幼児を溺れさせた自然的諸条件が、『正犯』的存在であって、救助に出ない親の不作为は、

これを支援する『幫助』的存在であるといつてよい(略)。したがって、(略)通常の場合には、不作為による加担は『幫助』であるといつてよい」とも述べておられる。⁽⁹⁰⁾

このように内田教授が不真正不作為犯の通有性として「幫助的性格」に論及されている点は、特にガルラスの見解を祖述したものとみることができる。⁽⁹¹⁾上記のように、ガルラスによれば、故意作為犯に介入しない不作為は、結果の発生を「消極的に促進すること」として幫助性を帯びるに過ぎないとされる。この前提として、ガルラスは、刑法上の不作為の実体について言及する。すなわち、不作為とは「『潜在的な』行為支配(“potentieller” Tatherrschaft)を行使しないこと」であり、それゆえ、作為犯とは異なり不真正不作為犯においては「行為支配」の有無を基準にして正犯と幫助の區別をつけることができないとする。⁽⁹²⁾ここでは、作為犯に一般的に妥当するとされている行為支配原理を排除することにより、内田教授のいわれるところの「不作為の存在論的特徴」、すなわち不真正不作為犯の存在論的ないしは構造的な独自性を正犯と幫助のあいだの共通項として見出そうとしているものとみることができよう。⁽⁹³⁾そして、ガルラスにおいても、このような独自性としては、法益を危殆化した自然力や作為者といった「正犯的存在」への不介入により結果の発生を「消極的に促進すること」として、不真正不作為犯に通有的な「幫助的性格」が予定されているものと解されるのである。

(c) 存在論的・構造的な実体としての「幫助的性格」

原則幫助説の立場から不真正不作為犯の通有性として「幫助的性格」が見出されることに対しては、同説が「自然・動物による法益危殆化と人間の作為による法益侵害との刑法的意味の相違をあきらかにしよう」とする観点から不真正不作為犯の正犯と幫助とを區別可能とみることと相容れないのではないかとの批判もありうる。しかし、正犯と幫助の區別は、上述のように刑法上の禁止規範の構造ないし性質によって根拠づ

けられうるものである。これに対して、不真正不作為犯の通有性としての「幫助的性格」は、ガルラスや内田教授の舌端から読みとれば、刑法上の不作為の存在論的・構造的な実体に着目したものであって、刑法の規範的構造に由来して正犯と幫助が区別可能であることとは問題の次元を異にしている。したがって、両者は、論理的に両立可能である。さらにいえば、このようなかたちで原則幫助説が不真正不作為犯の存在論的・構造的な実体に対しアプローチを試みることは、単一的正犯説が目的的行为論に根ざした存在論的観点から不作為の本質に論及していることに比して、優位性を把持するといえよう。というのも、単一的正犯説は、前記のように不作為の行為性や因果性を否定し、こうした意味において不作為をいうなれば「無」ととらえることにより、かえってその存在論的・構造的な実体を解明する契機を自ら失しているからである。⁽⁹⁴⁾これに対して、原則幫助説のアプローチは、不作為が「有」たるものであることの本质の究明につながりうる点において有為であるといえよう。

ガルラスや内田教授の所論のように、不真正不作為犯には正犯と幫助の区別を超えて「幫助的性格」なる通有性が存するとするならば、これを動因として不作為正犯と作為正犯とのあいだで成立要件の等置を試みることも、全くの徒爾とはいえないであろう。ただし、ガルラスも内田教授も、「幫助的性格」なるもののより具体的な内容には触れていない。その内容が白地化したまま独り歩きしてしまうと、上述のように原則幫助説において不作為による幫助の処罰根拠が明晰さに欠けることとも相俟って、安易な処罰への道が開かれることにもなりかねない。こうした点をも念頭に置きつつ、以下においては、不真正不作為犯の存在論的・構造的な実体である「幫助的性格」の内容について、項を改め、原則幫助説にさらなる検討を加えつつ解明を試みたい。

3 不真正不作為犯の「従属性」

原則幫助説に立つオトフリート・ランフトは、カウフマンらの単一的

正犯説を批判し、「保証人的不作為犯 (Garantenunterlassungsdelikt) の構造的な独立性 (struktureller Selbständigkeit) を承認することは、積極的な作為犯行為者に対して保証的義務に反し (garantiepflichtwidrig) 阻止行為をしない事例において説得力をもたない⁽⁹⁵⁾」とし、犯罪不阻止という保証人的不作為犯すなわち不真正不作為犯の構造的な「従属性」 (Abhängigkeit) を前提にすべきであると論じている⁽⁹⁶⁾。そこで、この「従属性」の内容について吟味することを通して、不真正不作為犯が存在論的・構造的に通有している「幫助的性格」の実質を明らかにしたい。

(a) オトフリート・ランフトの見解

ランフトは、まず、共犯一般に関して、「共犯に関する刑罰請求権は、行為者により犯罪構成要件上の不法メルクマールが現実化されて初めて確定的に発生する。共犯が罪刑法定主義の保障を享受するためには、共犯の不法は、不法構成的なメルクマールが保障構成要件により類型化されているものである正犯行為に対して拘束されなければならない」と論じている。そして、正犯行為に対して共犯を従属的に結びつける紐帯として、正犯の故意に着目しており、その理由として、「不法構成的な犯罪メルクマールに属するものとして、故意犯においては、行為者の故意もある。行為者の故意は、具体的に現実化された行為を方向づけてその内容を形成する⁽⁹⁷⁾」と述べている。

このように共犯が故意を結節点として正犯行為に従属することを前提にして、ランフトは、不作為による幫助に関しても、「作為者と不作為にとどまる保証人とのあいだに存する牽連的な関係を精査して即座に明白になるのは、不作為にとどまる保証人の客観化された不法が作為行為者の故意に従属し、作為による幫助の場合と全く同様となる点である。(略) というのも、作為正犯者は、法益に対する侵襲の態様と範囲を決定するとともに、不作為犯を方向づけてその内容を形成したりもするか

らである。(略)さらに、作為者は、法益侵害に向けた事態の進行を決定づけ、これにより保証人の具体的な作為義務を作動させる⁽⁹⁸⁾』としている。そのうえで、犯罪不阻止という不作為の違法性が当該犯罪における正犯の故意に従属する点について、さらに以下のように詳論する。「作為者の故意は、保証人においては故意の対象でもある。保証人は、結果の発生を座して待つわけにはいかない。というのも、作為者の行為がなお未遂段階にある時点では、彼は、介入しなければならないからである。しかし、彼は、作為者の故意を知らずしては、法益がそもそも危殆化されている (bedroht) かどうか、その危殆化がいかなる態様においてなされ、そして保証的義務 (Garantiepflicht) が及ぶほどの態様にあるのかどうか、といった点については、概して全く認識しえない。規範的命令のもつ訴求力 (Appel des Normgebotes)、すなわち保護法益の侵害を回避することに向けての喚起力 (Aufruf) は、彼がその危険を知らなければ、彼には到達しない。もっとも、その危険は、作為者の故意によって決定づけられる。例えば、母親がその子どもをマフラーでくるみながらあやそうとするのか、体を暖めようとするのか、それとも絞殺しようとしているのか——この点にもとづいて子どもの父親の介入義務 (Eingriffspflicht) の存否が左右される。さらにいえば、作為者の行為が未遂段階にとどまっているときは、保証人自身の関与が犯罪として有する実質的な内容にとって決定的なのは、不作為にとどまる保証人が保護法益に対する危険——もっとも、これは、行為者による犯罪遂行上の目標設定を意味する——を了知していたか否かということである⁽⁹⁹⁾」。

(b) 法益侵害の危険に対する従属性

以上のように、ランフトの見解は、犯罪不阻止という形態の不真正不作為犯がその違法性の点で正犯の故意に対して構造的に従属することを挙げ、これを理論的な支柱として原則幫助説を補強するものである。しかし、正犯の故意に着目するのであれば、犯罪不阻止という不作為につ

いては、あえてそのような構造的従属性を持ち出すまでもなく、刑法の規範的構造からその幫助性を根拠づけることができると考える。既述のように、刑法上の禁止規範は、本来的にその犯罪に出た行為者本人を名宛人とし、同人に正犯としての第一次的な責任をもたらすと同時に、当該犯罪に対して不阻止に終始した不作為者については、第二次的な幫助としての罪責しかもたらさないというべきである。そして、この理は、故意のもつ——過失にはない——直接的な反規範性⁽¹⁰⁰⁾により正犯の罪責が前面に出ることを通して具現化するものである。したがって、不作為による幫助の違法性が正犯の故意に依存するとしても、このことは、その構造的従属性の内容を十分に説明し尽くすほどの材料にはならないようにおもわれる。

ランフトは、不作為による幫助の構造的従属性の基点を正犯の故意に見出す理由として、「行為不法 (Verhaltensunrecht)」と「結果不法 (Erfolgsunrecht)」をともに考慮しなければ、危険が結果へと発展し犯罪が成立する過程を十分に捕捉したことにはならない、と述べている⁽¹⁰¹⁾。加えて、ランフトは、上記の所論から明らかなように、保護法益への危険を法益侵害へと方向づける要因として、正犯の故意に着目している。これらの点を踏まえると、ランフトの見解は、正犯における「行為不法」の要素である故意を媒介項として、保護法益に対する危険が法益侵害へと方向づけられ「結果不法」が発生するプロセスにアプローチするものといえる。したがって、不作為による幫助における構造的従属性とは、正犯（の故意）から発生した法益侵害の危険が結果へと発展しつつある状況を所与のものとして、正犯の不阻止という不作為の違法性がその既発の危険に対して従属する状態を意味するものということができよう。

このように不作為の違法性が既発の危険に対して従属性を帯びることは、以下の点からみて、不真正不作為犯に通有的な「幫助的性格」の具体的な内実を構成していると考えられる。上記のように、ランフトは、既発の危険が故意の正犯行為から生じたものである場合について、当該

正犯行為が「法益に対する侵襲の態様と範囲を決定するとともに、不作為犯を方向づけてその内容を形成したり」、「法益侵害に向けた事態の進行を決定づけ、これにより保証人の具体的な作為義務を作動させる」と述べており、不作為の違法性が既発の危険に対して従属することの具体的な内容に言及している。つまり、正犯行為によって設定された危険の性状や程度によって法益侵害の態様と範囲が決定され、これに応じて作為義務の内容と程度が決定されるというのである。このことは、既発の危険が自然力などにより生じ、これについて不作為者が正犯としての責任を問われるような場合にも、同様に妥当するといえることができる。⁽¹⁰²⁾

もともと、作為による正犯は、行為それ自体が法益侵害の危険を発生させる点に違法性の明確な根拠を見出すものである。これに対して、不真正不作為犯においては、正犯と幫助の別なく、行為に先行するものとして法益侵害に向けて既発の危険が存在しているのであって、その違法性が当該危険に依存する構造となっているといえるべきである。⁽¹⁰³⁾ こうした意味において、内田教授がいわれるように「当該法益を危険に曝した自然・動物・第三者が、むしろ主導的な『力』をもつ」ことになるわけである。そして、ガルラスの言葉を借りれば、その既発の危険を除去ないし軽減せずに事態の推移を法益侵害に向けて「消極的に促進すること」のなかに、不真正不作為犯の通有性としての「幫助的性格」が見出されるというべきである。

4 小 括

以上、不作為による幫助に関して、作為による幫助とは異なる不真正不作為犯としての独自性に着目し、不作為正犯と等置されたかたちで固有の成立要件を定立することに関し、その理論的な可能性を探求する作業を行ってきた。まず、両者の成立要件の「等置」を論じていく前提として、他者による犯罪に対する不阻止としての不作為について、これが不作為正犯そのものを構成するのではなく、あくまで不作為による幫助

として幫助性を帯びることを確認した。そのうえで、両者の成立要件を等置する契機になりうるものとして、両者の不真正不作為犯としての通有性に着目したところ、そこには存在論的・構造的な実体としての「幫助的性格」が見出された。すなわち、不真正不作為犯においては、正犯であると幫助であるとを問わず、したがって保護法益に対する危険が自然力などにより発生したか、正犯者により人為的に誘致されたものであるかを問わず、法益侵害の危険が生じている状態を所与のものとして、不作為の違法性はこの既発の危険に対して従属するという構造を呈しているのである。

ところで、本件控訴審判決は、既にみたように、不作為による幫助の成立要件が作為による幫助のそれと形式的に類比可能であるとの前提のもと、「正犯者の犯罪の実行を容易にした」ことを当該成立要件として位置づけ、学説の大半も、これに賛同している。しかし、これまでみてきたところを踏まえると、「正犯者の犯罪の実行を容易にした」こととは、結局、正犯行為に由来する既発の危険に介入してこれを除去ないし軽減することなく、事態を法益侵害に向けて促進したことではなかろうか。つまり、控訴審判決において不作為による幫助の成立要件とされるものの内容は、不真正不作為犯に通有的な「幫助的性格」を同義反復したものに過ぎず、それ以上に何らかの要素を付加したものとはなっていないようにおもわれる。これではやはり、いかなる場合に不作為による幫助において正犯の実行を容易化することが作為による幫助におけるその容易化と同程度の処罰価値を帯びるのが不明確なままであり、その処罰を適正な範囲に収斂させるような契機を見出しべくもない。結局、不作為による幫助に関して「正犯者の犯罪の実行を容易にした」か否かを問題にしてみても、それは、不真正不作為犯の「幫助的性格」に言及しているに過ぎないのであるから、その成立要件を論定したことにはならないというべきである。

作為による正犯においては、行為者が自らの行為により保護法益への

危険を誘致しこれを法益侵害に向けて積極的に強化する。これとは対蹠的に、「幫助的性格」を通有する不真正不作為犯では、正犯においてすら、不作為の違法性は、既発の危険の性状や程度との関係において従属的・相対的に決定されるのであり、また、そうであるからこそ、その積極的な処罰価値をいかなる点に見出すのかをめぐり活発な論争がこれまで展開されてきたといえる。ましてや、不作為による幫助においては、正犯者によって誘致され、かつ積極的に強化されつつある危険が存在しているのであるから、不真正不作為犯としての既発の危険に対する構造的従属性は、より顕在化してくると同時に、その不作為としての実質的違法性は、否応なく減弱化してくる。それでもなお不作為による幫助を処罰するのであれば、処罰根拠の明確化が大きな課題となる。そして、処罰根拠の探求にあたっては、やはり不真正不作為犯に通有的な「幫助的性格」を前提とした理論の展開が求められよう。

既述したように、不作為犯論においては、不作為正犯を念頭に置いて不真正不作為犯の成立要件が論じられてきた嫌いがある。しかし、不作為正犯と不作為による幫助は、不真正不作為犯として「幫助的性格」を共有するものである。加えて、不作為による幫助は、上述のようにそうした「幫助的性格」をより顕著に呈するものである。したがって、その成立要件をいかなるものとして理論的に構成するかは、決して不作為犯論において周縁的な問題にとどまるものではなく、むしろ、その試金石になるといっても過言ではなかろう。

これまでのところを踏まえ、以下においては、不真正不作為犯に通有的な「幫助的性格」を前提として、不作為犯論からみた不作為正犯と不作為による幫助のあいだの構造的な対称性につき、さらなる分析を加えることとしたい。

- (66) この問題に関するドイツの理論状況を詳細に論じた代表的な著作として、ドイツにおいては *Hans-Jörg Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei*

Unterlassungen, 1996, S.63ff.が、日本においては神山・前掲注(35)15頁以下がある。

- (67) *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 291ff.; *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11.Aufl., 1969, S.222. このほか、単一的正犯説に立つものとして, Vgl. *Gerald Günwald*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S.110ff.
- (68) なお、本稿においては、犯罪不阻止の問題に関し、検討対象である児童虐待事案の内容に即して、作為犯に対する不阻止に限定して論ずることになる。無論、理論的には不作為犯に対する不阻止についても正犯と共犯の区別なども問題になるが、これに関しては、内田・前掲注(41)50頁以下参照。
- (69) *Kaufmann* (Anm.67), S.13f., 258f., 281f. この点に関しては、保条成宏「障害新生児の生命維持治療をめぐる刑法的問題(5)」法政論集(名古屋大学)153号(1994年)339頁以下をも参照。
- (70) *Kaufmann* (Anm.67), S.57ff.
- (71) *Kaufmann* (Anm.67), S.295.
- (72) *Kaufmann* (Anm.67), S.296.
- (73) *Welzel* (Anm.67), S.222.
- (74) 松生・前掲注(36)147頁。
- (75) 内海・前掲注(41)15頁, 阿部純二「不作為による従犯(中)」刑法雑誌18巻1=2号(1971年)78頁, 平山幹子「『義務犯』について(2・完)——不作為と共犯に関する前提的考察」立命館法学273号(2000年)2057頁以下, 松宮孝明「不作為と共犯」中山研一ほか『レヴィジョン刑法1・共犯論』(1997年)189頁以下, 山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報52巻4号(2000年)8頁, 同「共犯論の現状と課題」法学教室266号(2002年)39頁。
- (76) *Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S.458ff.; *Hans-Joachim Rudolphi*, in: *Rudolphi u.a.*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7.Aufl., 2000, Vor §13 Rdn.37ff.; *Gunter Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, S.405f.
- (77) 松宮・前掲注(75)190頁, 平山幹子「不真正不作為犯について(2)——『保障人説』の展開と限界」立命館法学264号(1999年)492頁。さらに、ロクシンの見解に対して、前出注(75)の諸文献にあるような単一的正犯説に対する批判と同趣旨の疑義を投げかけるものとして, Vgl. *Schwab* (Anm.66), S.207.

- (78) ちなみに、阿部・前掲注(40) 9頁以下・12頁は、ロクシンらの原則正犯説を基本的に支持し、「自己の作為によって構成要件を実現した者は正犯である。同様に、作為義務があるにもかかわらず、これを履行しないで、構成要件を実現させた者は、他人の犯行を阻止しなかった場合を含めて、正犯であると考えなければならない」と述べたうえで、特に本件について、「被告人について不作為による傷害致死(正犯)が検討されて然るべきであった」としている。こうした見解に対しては、本文で言及した諸点からみて疑問を呈さざるをえない。
- (79) この点に関連して、阿部・前掲注(75) 80頁も、カウフマンの見解に関して、「不作為による従犯の問題が、単に共犯論の機械的適用によってではなく、『同置』の要件をもふくめた不作為犯の構造分析を基盤として説かれなければならないというかぎりでは、正当といえよう」としている。ただし、こうした阿部教授の見解が現在では改められている点については、前出注(78) 参照。
- (80) *Wilhelm Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S.185ff.; *Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.696; *Otfried Ranft*, Garantiepflichtiges Unterlassen der Deliktshinderung, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, ZStW 1982, S.816ff.; *Friedrich-Christian Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, S.105f.
- (81) *Gallas* (Anm.80), S.187f.
- (82) *Gallas* (Anm.80), S.187f.
- (83) *Gallas* (Anm.80), S.188.
- (84) *Schroeder* (Anm.80), S.105.
- (85) 内田・前掲注(41) 30頁。
- (86) 内田・前掲注(41) 3頁。このほか、同20頁をも参照。
- (87) *Georg Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992, S.231ff.
- (88) 神山・前掲注(35) 21頁以下・90頁以下、同「不作為をめぐる共犯の新様相」(前掲注(41)) 48頁。
- (89) *Roxin* (Anm.76), S.487. 同様の批判として、阿部・前掲注(40) 6頁以下、同・前掲注(75) 75頁参照。
- (90) 内田文昭『改訂刑法 I・総論〔補正版〕』(1996年) 131頁。
- (91) この点に関しては、内田・前掲注(41) 57頁をも参照。
- (92) *Gallas* (Anm.80), S.186.

- (93) ガルラスの見解に対して同様の理解を示すものとして、阿部・前掲注(75) 73頁参照。
- (94) 単一的正犯説が前提とする目的的行为論について同様の指摘をするものとして、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年) 153頁参照。
- (95) *Ranft* (Anm.80), S.828.
- (96) *Ranft* (Anm.80), S.829ff.
- (97) *Ranft* (Anm.80), S.831.
- (98) *Ranft* (Anm.80), S.832.
- (99) *Ranft* (Anm.80), S.833.
- (100) 団藤・前掲注(35) 292頁。
- (101) *Ranft* (Anm.80), S.833.
- (102) 例えば、最判昭33・9・9刑集12巻13号2882頁は、残業していた会社事務員が、自己の過失により事務室内の炭火が机に引火し燃焼し始めているのを仮眠から醒めて発見したが、放置すれば事務所を焼燬するに至ることを認識しながら、自己の失策の発覚をおそれる等のため、結果の発生を認容して何らの措置をすることなくその場から逃げ去ったという事案について、「宿直員三名を呼び起こしその協力をえるなら火勢、消火設備の関係から容易に消火しうる状態であつたのに、そのまま放置すれば火勢は拡大して判示営業所建物に延焼しこれを焼燬するに至る」という既発の危険の性状および程度を考慮したうえで、「被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よつてこれを焼燬したものである」として作為義務の存在およびこれに対する違反を肯定し、不作為による放火罪が成立するとしている。
- (103) 前出注(102)の事案においては、炭火の火力という自然力に被告人の過失による先行行為が重なって危険が発生しているが、いうまでもなく、刑法的評価の対象としての行為は、先行行為ではなく、これに後続する不作為にほかならないから、ここでも行為に先行するものとして既発の危険が存在しているとみることができる。